




SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE
Received
Dec. 12, 1888.

GERMANY

ZUR GESCHICHTE DER STELLVERTRETUNG IM RÖMISCHEN CIVILPROCESS.

VON

DR MAX RÜMELIN.

TÜBINGER
JURISTISCHE INAUGURAL-DISSERTATION.



FREIBURG I. B. 1886.
AKADEMISCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG VON J. C. B. MOHR
(PAUL SIEBECK).

Druck von C. A. Wagner in Freiburg i. B.

Inhalts-Verzeichniss.

Drittes Kapitel.

Die Stellvertretung im Formularprocess.

A. Die Vertretung mit dominium litis.

B. Vertretung ohne dominium litis.

Schluss.

Verzeichniss der in Abkürzungen citirten Werke.

BRUNS: Fontes	4. Auflage.
DANZ: Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts . . .	2. Auflage.
IHERING: Geist des römischen Rechts Bd. 1, 5. Aufl.; Bd. 2. u. 3	4. Auflage.
KELLER: röm. Civilprocess	6. Auflage.
MOMMSEN: römisches Staatsrecht	2. Auflage.
PUCHTA: Institutionen	8. Auflage.
WINDSCHEID: Pandekten	5. Auflage.

Einleitung.

Die Stellung des römischen Rechts zu dem Begriff der Stellvertretung hat sowohl auf dem Gebiet des materiellen Privatrechts als auf dem des Civilprocessrechts von jeher das lebhafteste Interesse für sich in Anspruch genommen. Auf dem letzteren Gebiete sind insbesondere die eigenthümlichen Formen der Stellvertretung, welche wir im Formularprocess entwickelt finden, Gegenstand eingehender Behandlung gewesen.

Während die modernen Processrechtsordnungen alle von dem einfachen Grundsatz ausgehen, dass der processuale Vertreter innerhalb des Processes einen bestimmten Legitimationsgrund nachzuweisen habe, dann aber alle Wirkungen des Processes für den Vertretenen in gleicher Weise erzeuge, wie wenn dieser selbst den Process geführt hätte, finden sich im römischen Formularprocess ganz abweichende Bildungen und zwar Bildungen, bei denen wir wohl die Feinheit der im Einzelnen entfalteten juristischen Technik bewundern, die aber im Ganzen zunächst doch den Eindruck des Unnatürlichen, Künstlichen auf uns machen müssen.

Da gab es Vertreter des Beklagten, welche im Fall ihres Unterliegens selbst dem Gegner zur Zahlung verpflichtet wurden, Vertreter auf klägerischer Seite, deren Vertretung, obwohl sie mit dem Willen des Vertretenen processirten, dennoch ein wiederholtes Processiren desselben nicht ausschloss, und im Fall des Siegs die Wirkungen des Urtheils für sie selbst herbeiführte, endlich Vertreter, durch deren Processführung zwar schliesslich der dominus berechtigt und verpflichtet wurde, aber in der Weise, dass das Ur-

theil zunächst auf den Namen der Vertreter lautete, wie wenn diese berechtigt und verpflichtet werden sollten und dass die Wirkungen desselben erst durch Vermittlung des processleitenden Magistrats auf den Vertretenen übertragen werden mussten.

Diese Gestaltungen, welche man der modernen Vertretung unter verschiedenen Bezeichnungen, als „indirekte Vertretung“, „Vertretung mit dominium litis des Vertreters“, gegenüberstellt, zu erklären, sind schon mehrfache Versuche gemacht worden. Theils suchte man dieselben auf eine Unzugänglichkeit des römischen Geistes für den Gedanken, dass die Handlungen des einen für den anderen Wirkung äussern können, zurückzuführen, indem man diese Unzugänglichkeit selbst entweder aus einer Schwerfälligkeit der Technik oder gar aus ethischen oder rechtsphilosophischen Principien erklärte, theils fand man die Ursache in den Eigenthümlichkeiten des Formularprocesses, z. B. in der Gegenüberstellung von intentio und condemnatio, oder in der „Beschaffenheit des judiciellen Urtheils.“ Den unseres Erachtens einzig richtigen Weg hat Eisele in seiner Schrift über „Cognitur und Prokuratur“ (Freiburg 1881) eingeschlagen, indem er die Geschichte dieser beiden Institute, die bei deren Schöpfung zu Grund liegenden Zwecke im Einzelnen der Betrachtung unterzog.

Wenn indess auch die letztgenannten verdienstvollen Untersuchungen zu durchaus befriedigenden Resultaten nicht geführt haben, so scheint uns der Grund darin zu liegen, dass eine Klarstellung des jener Entwicklung vorausgegangenen Zustands versäumt wurde.

Die Gestaltung der processualen Stellvertretung im Legisaktionenverfahren, die für die Gesammtentwicklung des Stellvertretungsrechts im römischen Civilprocess von ebenso grosser Bedeutung ist, als diejenige im Formularverfahren, ist bis jetzt überhaupt einer eingehenderen Betrachtung nicht gewürdigt worden. In der Literatur der römischen Rechtsgeschichte, speciell des römischen Civilprocesses finden sich zwar einzelne Ausführungen und Bemerkungen über einschlägige Fragen in grosser Zahl, aber nirgends liegt eine zusammenfassende Darstellung vor, aus der sich die ganze Stellung des römischen Rechts zu dem Begriff der processualen Stellvertretung in jener Zeit erkennen liesse.

Es soll nun im Folgenden der Versuch gemacht werden, zunächst ein möglichst genaues Bild von der Vertretung im Legis-

aktionenprocess zu entwerfen und dann auf dieser Grundlage die Weiterentwicklung des Stellvertretungsbegriffs im Formularprocess, die geschichtliche Entstehung und Fortbildung der einzelnen Vertretungsinstitute in dieser Zeit zu prüfen und zu erklären. Um eine vollständige Uebersicht über die Stellung des römischen Rechts zum Begriff der civilprocessualen Vertretung während der Zeit des Formularprocesses zu erhalten, wird dann auch auf die Gestaltungen der letzteren ausserhalb der gewöhnlichen condemnatorischen Formel, namentlich auf dem Gebiet des Feststellungsprocesses und der Beamtencognition, einzugehen sein.

Unsere Aufgabe soll beschränkt bleiben zeitlich auf die Entwicklung bis zu den letzten grossen Juristen, also bis zur Zeit des Kaisers ALEXANDER SEVERUS, sachlich auf das Verfahren erster Instanz. Auf eine Hereinziehung des späteren Kaiserprocesses sowie des auf besonderer Basis stehenden, noch nicht genügend klargelegten Appellationsverfahrens musste wegen der Masse und Vielgestaltigkeit des ohnedies zu behandelnden Stoffes verzichtet werden, obwohl möglicherweise aus einer solchen Untersuchung sich eine Art Probe für die gewonnenen Resultate ergeben hätte.

Bevor auf die historische Untersuchung einzugehen ist, hat eine Feststellung der dabei in Anwendung zu bringenden Grundbegriffe zu erfolgen. Während nemlich auf dem Gebiet des materiellen Privatrechts die Terminologie bezüglich der Begriffe der Stellvertretung, der direkten und indirekten Vertretung, eine ziemlich feststehende ist, der Streit sich wenigstens auf einzelne, leicht bestimmbare Punkte beschränkt, herrscht auf dem Gebiet des Processrechts die grösste Verwirrung.

Hier werden noch die heterogensten Dinge unter den Begriff der processualen Vertretung subsumirt, so z. B. das Processiren des mit der Noxalklage oder einer adjecticischen Klage belangten dominus oder paterfamilias, des Korrealschuldners und Korrealgläubigers, des procurator und cognitor in rem suam. Namentlich ist man sich über das Verhältniss des Begriffs der processualen Vertretung zu dem Begriff alieno nomine agere nicht klar. Bald werden beide Begriffe identificirt, bald einander gegenübergestellt. Was die Begriffe „direkte“ und „indirekte Stellvertretung“ betrifft, so wird hier gewöhnlich nicht einmal der Versuch einer Definition gemacht. So behandelt noch EISELE die Frage, ob der cognitor

ein direkter oder ein indirekter Stellvertreter sei, ohne festzustellen, was er unter dem einen und unter dem andern versteht. In allen diesen Richtungen wird zunächst fester Boden zu gewinnen, mindestens die eigene Terminologie zu fixiren sein.

Da bei dem Bestreben, für den Legisaktionenprocess zu einem möglichst abschliessenden Resultat zu gelangen, ein detaillirteres kritisches Eingehen auf die bisher schon aufgestellten Ansichten, die sich in der ganzen romanistischen Literatur zerstreut finden, nothwendig war, da ferner bei dem vielfachen Zusammenhang unseres Themas mit den verschiedensten Fragen des materiellen wie des Process-Rechts theils zu jenen Stellung zu nehmen war, theils gewisse aus den gefundenen Resultaten sich ergebende Rückschlüsse der Erwähnung werth schienen, so konnte, wenn nicht der Zusammenhang des Textes durch Literaturangaben, Polemik, Interpretationen und Excurse gestört werden sollte, die Verwendung eines ausgedehnteren Notensystems nicht entbehrt werden.

Nicht mehr möglich war es, bei der vorliegenden Arbeit die Bemerkungen, welche Wach in seinem Handbuch des Civilprocesses (Bd. I S. 557—560, S. 561 N. 9) über die Stellvertretung im römischen Civilprocess macht, zu berücksichtigen, da dem Verfasser dieses Buch erst nach Abschluss der Arbeit und nach theilweiser Absendung derselben zum Druck zukam.

Die Hauptdifferenz zwischen den diesseitigen Ausführungen und Wach besteht, wie hier hervorgehoben werden mag, in der Art und Weise der Fassung des Stellvertretungsbegriffs. Während Wach sich denselben von Haus aus aus der modernen, sog. unmittelbaren, processualen Vertretung und dem römischen alieno nomine agere combinirt, soll im Folgenden der Versuch gemacht werden, unter Nachweis verschiedener Ausgangspunkte bei der Ausbildung des Vertretungsbegriffs und des Begriffs alieno nomine agere den Vertretungsbegriff selbständig zu fassen. Die Detailuntersuchung wird sich allerdings aus später noch näher zu erörternden Gründen (cf. u. § 1 S. 7) nur mit denjenigen Vertretungsfällen des römischen Rechts zu befassen haben, in welchen zugleich ein alieno nomine agere vorlag.

ZUR

GESCHICHTE

DER

STELLVERTRETUNG

IM RÖMISCHEN CIVILPROCESS.

ERSTES KAPITEL.

Die grundlegenden Begriffe.

I. § 1. Der Begriff der civilprocessualen Stellvertretung.

Jemanden „vertreten" bedeutet im Allgemeinen: statt seiner und für ihn handeln. Man will damit ein doppeltes besagen: es soll einmal das Handeln einer anderen Person, die dem normalen Gang der Dinge nach selbst handeln sollte, ersetzt, und es soll ferner ein bestimmter Erfolg, der als im Interesse des Vertretenen gelegen gedacht wird, herbeigeführt werden. Diese beiden Beziehungen des vertreterischen Handelns auf eine dritte Person müssen überall, wo ein technischer Begriff der Vertretung aufgestellt werden soll, vorliegen, sie sind durch die ursprünglichste sprachliche Bedeutung des Wortes gegeben.

Die Jurisprudenz hat einen technischen Begriff der Vertretung oder Stellvertretung sowohl auf dem Gebiet des materiellen Privatrechts als auf dem des Civilprocessrechts entwickelt. Bei der (im Folgenden noch näher zu constatirenden) Parallelität der Erscheinungen auf beiden Gebieten ergibt sich das Bedürfniss einer möglichst gleichmässigen Terminologie. Es ist desshalb zunächst die Gestaltung des Begriffs der Vertretung innerhalb des materiellen Privatrechts, der Vertretung beim Abschluss von Rechtsgeschäften, einer kurzen Betrachtung zu unterziehen.

Bezüglich dieses Begriffs ist eine weitere und eine engere Fassung möglich: [1])

Beiden gemeinschaftlich ist, dass ein gewisses Ersatzverhältniss zwischen dem rechtsgeschäftlichen Handeln des Vertreters und demjenigen Handeln, das von Seiten des Vertretenen erfor-

---

[1]) Hinsichtlich der Literatur über diesen Gegenstand ist zu vergleichen WINDSCHEID, Pand. I § 73 N. * und neuerdings MITTEIS, die Stellvertretung nach römischem Recht (Wien 1884).

derlich wäre, um denselben Erfolg herbeizuführen, vorausgesetzt wird. — Darin liegt ein Doppeltes: es muss ein negotium alienum für den Vertreter vorliegen, der Vertretene muss als der normalerweise Handelnde gedacht werden, sei es nun, dass der zu erzielende Erfolg als von ihm intendirt erscheint, oder dass eine dritte Person, der Gegencontrahent, denselben für ihn herbeiführen will. Es muss ferner jenes normalerweise erfolgende Handeln des Vertretenen zwar nicht in seinem vollen Umfang aber doch in Bezug auf wesentliche Bestandtheile durch dasjenige des Vertreters ersetzt werden. Das Verhältniss zwischen der beiderseitigen Thätigkeit, welches erforderlich ist damit von Vertretung die Rede sein kann, lässt sich kurz gefasst dahin bestimmen: es muss bei der Normirung des im concreten Fall zu erklärenden Willensinhalts der Wille des Vertreters als mitentscheidender Faktor in Betracht kommen. Bei blosser Uebermittlung fremden Willensinhalts schliesst der herrschende Sprachgebrauch die Verwendung des Vertretungsbegriffs aus [1]).

Was die Wirkung betrifft, welche für den Vertretenen hervorgebracht werden soll, so ist vom Standpunkt der weiteren Defininition aus nur erforderlich, dass ein bestimmter ökonomischer [2]) Erfolg für ihn bezweckt und schliesslich hergestellt werde. Ein Rechtsgeschäft wird dann als in Vertretung abgeschlossen bezeichnet, wenn durch dasselbe, allein oder in Verbindung mit andern Rechtsgeschäften, ein solcher ökonomischer Erfolg für den Vertretenen herbeigeführt werden soll. — Bei denjenigen Rechtsgeschäften, welchen eine bestimmte ökonomische Zweckbeziehung von Haus aus innewohnt, dürfte diese Definition keinen Schwierigkeiten begegnen. Damit ein Kaufgeschäft als in Vertretung abgeschlossen bezeichnet werden könne, muss der demselben wesentliche ökonomische Erfolg, das Haben einer Sache gegen Hingabe von Geld, für den Vertretenen bezweckt werden. Aehnlich bei Solution u. a. Geschäften. — Wir sind aber auf Grund der ge-

---

[1]) Eine genauere Abgrenzung der Begriffe Stellvertreter und nuntius würde hier zu weit führen. Dieselbe dürfte, wie die Untersuchungen HELLMANNS (Die Stellvertretung bei Rechtsgesch. 1882) zeigen, noch nicht genügend klargestellt sein. Von einer Zusammenfassung des Stellvertreters und des nuntius geht neuerdings aus das in S. 1 N. 1 citirte Buch von MITTEIS: Die Lehre von der Stellvertretung im römischen Recht.

[2]) Wir möchten diese Bezeichnung trotz der Ausführungen BECHMANNS in seinem Kauf Bd. II. S. 11 (2. Abs. v. o.) aufrecht erhalten.

gebenen Definition auch bei den formellen Rechtsgeschäften, wie Tradition, abstrakter Obligirung, abstraktem Obligationserwerb etc. in der Lage zu bestimmen, ob ein solches als in Vertretung abgeschlossen zu gelten hat oder nicht, sei es nun dass man bei dieser Bestimmung von dem allgemeinen ökonomischen Zweck dieser Rechtsgeschäfte, Verschaffung oder Entziehung der zu tradirenden Sachen bezw. des Obligationsgegenstands ausgeht, oder dass man die concreten den betreffenden Geschäften als causae zu Grunde liegenden Zweckbeziehungen aufsucht und danach, also je nachdem z. B. bezüglich der durch eine Tradition zu realisirenden Solution oder Schenkung Vertretung Platz greift, die Anwendung des Vertretungsbegriffs regulirt.

Der engere Begriff der Vertretung beim Abschluss von Rechtsgeschäften erfordert eine bestimmte Art der rechtlichen Sanktion dieser Parteiabsicht, er erfordert, dass die juristisch-technischen Wirkungen des Geschäfts für den Vertretenen eintreten. Dieser muss unmittelbar obligirt oder obligationsberechtigt werden, ein dingliches Recht erwerben oder verlieren. Es darf nicht erst eine Uebertragung der juristischen Wirkungen oder ihrer ökonomischen Resultate auf den Vertreter nöthig werden. — Sofern ein und dasselbe Rechtsgeschäft verschiedene juristische Wirkungen haben kann, und die einen für den Vertretenen, die andern für den Vertreter eintreten können, lässt sich genau genommen das Vorhandensein einer Stellvertretung nur bezüglich der Hervorbringung der einzelnen Wirkungen constatiren. Wenn beispielsweise nach einem gegebenen Recht bei einem durch einen Vertreter abgeschlossenen Kaufgeschäft der Vertretene nur berechtigt, nicht obligirt würde, so liesse sich nur sagen, dass beim Kauf eine Vertretung hinsichtlich des Obligationserwerbs stattfinde.

Zweifellos erscheint in erster Linie eine begriffliche Zusammenfassung der letztgenannten Fälle geboten. Für diese gelten eine ganze Reihe gemeinschaftlicher Bestimmungen. — Dasselbe lässt sich von dem weiteren Vertretungsbegriff nicht behaupten. Wollte man versuchen, die gemeinschaftlich geltenden Rechtssätze für die von ihm umschlossenen Fälle zusammenzustellen, so würde die Ausbeute gewiss eine sehr geringe sein. Mit Recht geht daher Mitteis bei seiner dogmatischen Untersuchung des modernen Stellvertretungsrechts von dem engeren Begriff aus. Dennoch darf der weitere Begriff nicht als ein in jeder Beziehung werthloser bezeichnet werden. Für die historische Betrachtung scheint

häufig die Fragestellung geboten, wie sich ein concretes positives Recht zu der jenen weiteren Begriff bestimmenden Parteiabsicht verhalten habe, ob es derselben unmittelbare Sanktion ertheilte oder ob es die Parteien auf Umwege verwies um ihre Absicht zu realisiren. Diese Fragestellung wird insbesondere da zu werthvollen Resultaten führen, wo eine Rechtsordnung bei einem Theil der Rechtsgeschäfte die eine, bei einem andern Theil die andere Stellung einnimmt. — Der Werth des weiteren Begriffs besteht in solchen Fällen darin, dass er „durch seine wesentlichen Merkmale zur Aufwerfung von (für die historische Erkenntniss) bedeutsamen Fragen nöthigt“ [1]). — Dazu kommt noch, dass der gewöhnliche Sprachgebrauch mit Entschiedenheit auf die weitere Fassung des Begriffs hindrängt.

Es dürfte sich daher empfehlen, auch bei der wissenschaftlichen Terminologie zunächst den weiteren Vertretungsbegriff zu Grund zu legen und soweit Wirkungen der Rechtsgeschäfte unmittelbar für den Vertretenen eintreten von „direkter Vertretung oder Stellvertretung“ im Gegensatz zur „indirekten“ zu reden.

Ganz entsprechend liegen die Verhältnisse auf dem Gebiete des Civilprocesses. Auch das processuale Handeln der Parteien lässt sich auffassen als ein auf einen bestimmten ökonomischen Erfolg angelegtes Handeln, welches diesen Erfolg unter gewissen Voraussetzungen kraft objektiven Rechts herbeizuführen im Stande ist. Der betreffende Erfolg besteht in der Herbeiführung eines dem wirklich oder angeblich vorhandenen Anspruch entsprechenden Zustands auf der einen, der Abwehr eines solchen auf der anderen Seite.

Diese ganze das rechtsgeschäftliche und das processuale Handeln parallelisirende Vorstellung trifft nun allerdings nur für diejenigen Processsysteme zu, welche im Wesentlichen auf das Verhandlungsprincip basirt sind. Ist in einem Verfahren das Inquisitions- oder Official-Princip vollkommen durchgeführt, so ist die genannte Vorstellung gänzlich ausgeschlossen. Wird, wie dies z. B. in einzelnen Fällen der Beamtencognition im römischen Recht der Fall war, das Interesse der einen Partei vollständig durch den Richter gewahrt, so kann wenigstens auf Seiten dieser Partei von einem rechtsgeschäftartigen Handeln nicht mehr die Rede sein.

[1]) So Lenel im Jahrbuch für Dogmatik Bd. 19. (N. F. Bd. 7) S. 160 Text zu Note 16 und Note 16.

Diese Fälle des Officialverfahrens und der Interessenwahrnehmung durch den Richter scheiden jedoch insgesammt von unserer Betrachtung aus. Wir beschränken dieselbe auf denjenigen Civilprocess, innerhalb dessen auf beiden Seiten eine eigentliche Parteithätigkeit entfaltet wird.

Auf diesem Gebiet kommen dann auch, der Parallelität zwischen dem hier stattfindenden processualen Handeln der Parteien und dem rechtsgeschäftlichen Handeln entsprechend, dieselben Begriffe der Vertretung, wie sie oben festgestellt wurden, zur Anwendung. Auch in Bezug auf den Process lässt sich ein weiterer und ein engerer Vertretungsbegriff aufstellen. Die processuale Vertretung im weiteren Sinn wäre zu definiren als „processuales Handeln in der Absicht und mit dem schliesslichen Erfolg, die ökonomischen Wirkungen des Processes für einen Dritten, dessen eigenes Processiren ersetzt werden soll, hervorzubringen".

Dabei ist der Dritte als der normalerweise Processirende zu denken. Der durchzuführende Anspruch, beziehungsweise die demselben entsprechende Passivbeziehung muss also mindestens ursprünglich oder materiell eine fremde sein. — Es fallen demnach noch unter diesen Vertretungsbegriff diejenigen Fälle, in denen ein Anspruch oder eine Passivbeziehung nur zu dem Zweck auf eine Person übertragen wird, damit diese darüber processire, oder in denen in der letztgenannten Absicht Correalobligationsverhältnisse für den Vertreter begründet worden sind [1]. Es scheiden aus sämmtliche Fälle, in denen über eine materiell eigene Rechtsbeziehung processirt wird, auch wenn das Resultat des Processes später auf einen andern übertragen werden kann oder soll, oder wenn der Process Reflexwirkungen für dritte Personen äussert.

Dieselben Grundsätze wie bei der rechtsgeschäftlichen Vertretung gelten auch in Beziehung auf das Mass des Ersatzes des eigenen Handelns. — Auch hier lässt sich ein blosses Unterstützen der processualen Thätigkeit vom Ersetzen derselben unterscheiden.

Zunächst ist auch hier die auf die Normirung des concreten Willensinhalts gerichtete Thätigkeit das Entscheidende: wer nur fremde Erklärungen übermittelt, ist kein Vertreter. Das Uebermitteln von Erklärungen eines Abwesenden ist im Process, und

[1] Zu weit geht in dieser Beziehung Brinz, wenn er in der krit. V.-Jschr. Bd. 16 S. 1 ff. bei den Correalverhältnissen schlechthin von einem zu Grund liegenden Vertretungsverhältniss spricht.

zwar im schriftlichen wie im mündlichen, aus praktischen Gründen ausgeschlossen. Dagegen kommt vor das Uebermitteln von Willenserklärungen anwesender Personen und es ist dies die Hauptfunction einer besonderen processualen Institution, — der Beistandschaft. — Von dem letzteren Begriff aus ergiebt sich nach einigen positiven Rechten eine Modifikation des Stellvertretungsbegriffs. Wird nemlich das Vorbringen des Beistands als Erklärung des dominus unter bestimmten Voraussetzungen fingirt, wie dies z. B. nach der deutschen C.-P.-O. § 86 geschieht, so hätte man es genau genommen nicht mehr mit processualer Beistandschaft, sondern mit Vertretung zu thun. Wenn aber das Gesetz, wozu es seine guten Gründe hat, diese Fälle den über die Beistandschaft geltenden Rechtsregeln unterstellt, so muss der Begriff der Vertretung entsprechend modificirt werden.

Ausserdem könnte, sofern das processuale Handeln sich aus einer grossen Reihe einzelner Handlungen zusammensetzt, hier auch das Verhältniss eintreten, dass ein bestimmtes Processsystem die einzelnen Handlungen nicht als gleichwerthig gelten liesse, dass demgemäss nur derjenige als processualer Vertreter gelten würde, welcher bestimmte für den schliesslichen Erfolg als wesentlich erscheinende Handlungen vorgenommen hat.

Bei Processsystemen, welche wie das römische und das heutige deutsche auf dem Princip der einheitlichen mündlichen Verhandlung basiren, ist eine solche verschiedene Werthschätzung der einzelnen Processhandlungen ausgeschlossen.

Im engeren Sinn wäre processuale Vertretung nur dasjenige processuale Handeln für einen andern, bei welchem der erkennbaren Parteiabsicht, bestimmte Wirkungen für einen andern hervorzubringen, von der Rechtsordnung insoweit entgegengekommen wird, dass die juristisch-technischen Wirkungen des Processes im Ganzen oder wenigstens in ihren wichtigsten Bestandtheilen unmittelbar an die Person des Vertretenen angeknüpft werden.

Während nun auf dem Gebiet des materiellen Privatrechts die Schriftsteller bald den engeren bald den weiteren Begriff ihren Untersuchungen zu Grund legen, neigt auf dem Gebiete des Processrechts ein überwiegender wissenschaftlicher Sprachgebrauch dahin, von dem weiteren Begriff auszugehen und auch Erscheinungen wie die römische Prokuratur als Stellvertretung zu bezeichnen. — Bezüglich der Berechtigung dieses weiteren Begriffs

ist ganz dasselbe zu sagen wie bezüglich der Berechtigung des weiteren Begriffs bei der materiell-rechtlichen Stellvertretung.

Auch im Folgenden wird der weitere Begriff der Untersuchung zu Grund gelegt werden, jedoch mit einer Einschränkung. Wir untersuchen, in welcher Weise das römische Processrecht die Verwirklichung einer Vertretungsabsicht ermöglichte. — Dabei hat für die weitere Betrachtung eine Gruppe von Fällen auszuscheiden, welche zwar an sich unter den weiteren Vertretungsbegriff fallen würden, bei denen aber zu gewissen durch das materielle Privatrecht gegebenen Mitteln seitens der Parteien gegriffen wird, um die Processvertretungsabsicht zu realisiren. Es sind dies die Fälle, in denen die Institute der (fiduciarischen) Rechtsübertragung, sowie der Begründung von Correalobligationsverhältnissen dem Vertretungszweck dienstbar gemacht werden. Processualisch bieten diese Fälle sammt und sonders kein Interesse. Das Processiren eines in Vertretungsabsicht eingetretenen Correalgläubigers oder Correalschuldners unterscheidet sich von dem eines andern Correal-Gläubigers oder -Schuldners in keiner Weise. Man könnte diese auszuscheidenden Fälle unter dem Namen der uneigentlichen oder verdeckten processualen Vertretung zusammenfassen.

Allen übrigen Fällen der processualen Vertretung ist gemeinsam, dass sich der Vertreter innerhalb des Processes auf eine fremde subjective Rechtsbeziehung berufen muss. Sobald dies zu geschehen hat, muss das Processrecht zu der Frage, ob und auf Grund welcher Legitimation es Vertretung zulassen, welche Handlungen es dem Vertreter gestatten und welche Wirkungen es dessen Handlungen beilegen will, Stellung nehmen.

Innerhalb dieser letztgenannten Fälle, an die im Folgenden immer zu denken sein wird, wenn von processualer Vertretung schlechthin die Rede ist, hat man wie bei der materiell-rechtlichen Stellvertretung zwischen einer direkten und einer indirekten Vertretung zu unterscheiden.

Obwohl mit diesen Begriffen in der Literatur häufig operirt wird, findet sich doch nirgends eine genauere Präcisirung derselben. — Man geht wohl von der allgemeinen Vorstellung aus, welche vom Gebiet des materiellen Rechts herübergenommen wird, dass direkte Stellvertretung da vorliege, wo die Wirkungen des Processes unmittelbar für den Vertretenen eintreten, indirekte da, wo dieselben zunächst für den Vertreter entstehen und von diesem

erst auf den Vertretenen übertragen werden müssen. — Zum Zweck einer genaueren Präcisirung der Begriffe ist zunächst festzustellen, was man unter den „Wirkungen des Processes“ zu verstehen hat.

Dass sich von Wirkungen des Processes im Ganzen genommen, also des gesammten, regelmässig durch Richterspruch, möglicherweise aber auch durch einen Parteiakt wie Geständniss, Vergleich, Leistung eines zugeschobenen Eides abgeschlossenen processualen Handelns der Parteien sprechen lässt, steht ausser Zweifel. Man versteht darunter diejenigen Wirkungen, welche als Resultat nach Abschluss des Verfahrens bestehen bleiben, gleichgiltig mit welchem einzelnen processualen Vorgang sie eingetreten sind. Dass man daneben auch Wirkungen der einzelnen processualen Handlungen oder Rechtsgeschäfte unterscheiden kann, wird wohl noch nie jemand bestritten haben[1]). Unter den Wirkungen des ganzen Processes lassen sich positive und negative unterscheiden.

Die positiven Wirkungen bestehen entweder unmittelbar in der Herbeiführung des vom Kläger erstrebten Erfolges, oder sind sie wenigstens auf diese Herbeiführung gerichtet. Der erstrebte Erfolg kann in einer sofortigen Veränderung des bisherigen Zustandes bestehen, sei es, dass ein Verhältniss des Klägers zu andern Personen oder Sachen hergestellt, dass derselbe zu einer bestimmten Handlung ermächtigt oder der Gegner zu einer solchen gezwungen werden soll; es kann aber auch nur die Sicherung eines zukünftigen Erfolgs bezweckt werden. Ein solcher Sicherungszweck kann sich mit andern auf unmittelbaren Erfolg gerichteten Zwecken verbinden.

Die Mittel, durch welche schliesslich der erstrebte Erfolg hergestellt werden muss, sind: Freigebung der Eigenmacht des Klägers, Anwendung staatlicher Zwangsgewalt oder endlich eine Kombination von beiden. Die unmittelbaren Wirkungen des Processes bestehen aber, auch wo ein sofortiger Erfolg herbeigeführt werden soll, häufig noch nicht in der Entfaltung jener Zwangsmittel, sondern in der Verleihung von weiteren Klagerechten, welche ihrerseits erst zur Anwendung unmittelbaren Zwanges führen werden. So war im römischen Recht die häufigste

[1]) Diese Wahrheit wird neuerdings von Schultze in seinem „Privatrecht und Process“ wieder besonders hervorgehoben (S. 287. 288 nam. S. 48 Note 1).

Wirkung des Urtheils die Verleihung einer manus injectio, später einer actio judicati an den Kläger.

Mittel, einen Sicherungserfolg zu erzielen, ist vor allem die Herbeiführung einer Feststellungswirkung durch das Urtheil. Diese Feststellungswirkung besteht darin, dass in künftigen Processen, in denen das Rechtsverhältniss oder die Thatsache, über welche jetzt entschieden wurde, zur Sprache kommt, diese Entscheidung zu Grund gelegt werden muss.

Die negativen Wirkungen bestehen in dem Ausschluss sowohl einer Wiederholung desselben als der Erhebung eines neuen, auf Wiederaufhebung des erzielten Resultats gerichteten Processes. Sie treten sowohl dem Kläger als dem Beklagten gegenüber ein.

In Beziehung auf diese negativen Wirkungen ist an eine indirekte Vertretung gar nicht zu denken.

Soll der ihnen zu Grunde liegende Zweck der allgemeinen Rechtssicherheit und der Sicherheit speziell des Gegners erreicht werden, so muss vor allem das nochmalige Processiren des Vertretenen ausgeschlossen sein. Mit dieser Wirkung verbindet sich dann selbstverständlich die weitere Wirkung, dass auch solche Personen, welche sich auf den Vertretenen berufen müssten, also Rechtsnachfolger und Vertreter ebenfalls den Process nicht wiederholen können. — Damit gar nicht zu vergleichen wäre es, wenn nur der Vertreter von einem nochmaligen Processiren ausgeschlossen würde. Diese Wirkung wäre die erstere in keiner Weise zu ersetzen geeignet, und es könnte auch, wo zunächst die letztgenannte, später in Folge irgend eines Vorgangs die erstere Wirkung eintreten würde, niemals von der Uebertragung einer Wirkung gesprochen werden. Der Ausschluss des Vertreters von einer Wiederholung des Processes hätte aber da, wo der Vertretene nicht an die Processführung gebunden ist, praktisch gar keinen vernünftigen Sinn, und es wird desshalb einem Gesetzgeber nie einfallen, diese Wirkung allein eintreten zu lassen. — Ueberall wird man die Alternative finden: entweder die negativen Wirkungen werden für den Vertretenen hergestellt oder nicht. Im letzteren Fall ist für die Rechtssicherheit des Gegners in anderer Weise zu sorgen. — Nur die Construktion kann Platz greifen, dass der Eintritt dieser Wirkungen von einem erst nach Erledigung des Processes zu erwartenden Ereigniss, z. B. einer Ratihabition des Vertretenen, abhängig gemacht wird.

Anders bei den positiven Wirkungen. Hier ist vom römischen Recht her die Construktion allbekannt, dass positive Wirkungen des Processes, z. B. die actio judicati, an den Vertreter angeknüpft werden und es diesem überlassen wird, sei es die betreffenden Wirkungen selbst, sei es deren ökonomische Resultate auf den Vertretenen zu übertragen. In Bezug auf welche der verschiedenen positiven Processwirkungen eine solche Construktion möglich war, wird später im Einzelnen zu prüfen sein.

Nur eine Frage von allgemeinerer Bedeutung bedarf an dieser Stelle noch der Untersuchung. Wo der Vertreter des Klägers in die Lage gesetzt wird, den für den Kläger erstrebten Zustand unmittelbar herbeizuführen, oder wo derselbe in ein Verhältniss zu einer Person oder Sache gesetzt wird, durch welches jener Zustand unmittelbar realisirt erscheint, wo endlich ein Vertreter des Beklagten genöthigt wird, eben den Erfolg, der seitens des Beklagten abzuwenden gesucht wird, herzustellen, da könnte man versucht sein, ebenfalls von indirekter Stellvertretung zu reden. Es würde danach eine indirekte Vertretung vorliegen, wenn z. B. der Vertreter eines Abwesenden ermächtigt würde, den Zaun, den der Grundstücksnachbar im Gegensatz zu einem Ueberfahrtsrecht des Vertretenen aufgestellt hat, einreissen zu lassen, oder wenn dem Tutor eine dem Pupillen gehörige Sache in Detention übertragen würde. — Jedenfalls wären diese Fälle von der erstgenannten Art indirekter Stellvertretung scharf zu scheiden. Wir glauben uns aber in Uebereinstimmung mit dem allgemein üblichen Sprachgebrauch zu befinden, wenn wir in den Fällen, wo weder ein ökonomischer Erfolg für den Vertreter herbeigeführt, noch eine auf die Herstellung eines solchen für seine Person abzielende subjective Rechtsbeziehung für ihn constituirt wird, von direkter Stellvertretung reden.

Direkte Vertretung würde demnach insoweit Platz greifen, als die positiven Wirkungen des Processes, welche juristische oder auch rein faktische sein können, Constituirung von Rechtsbeziehungen oder Herstellung eines thatsächlichen Zustands, unmittelbar für den Vertretenen eintreten. Indirekte Stellvertretung würde vorliegen, wo dies nicht der Fall ist, sondern ein ökonomischer Erfolg oder eine auf einen solchen erst abzielende subjective Rechtsbeziehung zunächst für den Vertreter entsteht.

II. § 2. Der Begriff alieno nomine agere.

Prüfen wir nunmehr, ob die Römer einen Begriff der Stellvertretung oder einen ähnlichen Begriff ausgebildet haben und wie sich derselbe eventuell zu dem aufgestellten Vertretungsbegriff verhielt!

Ein solcher Begriff, mit dem die Römer in Fällen operiren, in denen es sich zweifellos um processuale Stellvertretung handelt, scheint der Begriff alieno nomine agere zu sein. — Der Ausdruck findet sich einmal im praetorischen Edikt (Vat. fr. § 322) und vielfach in den Schriften römischer Juristen.

Es ist zu prüfen, ob diesem Ausdruck eine technische Bedeutung zu Grunde liegt, eventuell ist diese technische Bedeutung zu constatiren.

Aus dem Wortlaut lässt sich nicht viel entnehmen. „Agere“ bedeutet civilprocessuales Handeln im Allgemeinen, ohne Beschränkung auf klägerisches Processiren oder auf das Handeln in gewissen Stadien des Processes, z. B. das Verfahren in jure [1]). — Durch den beigefügten Ablativus modi ist eine Beziehung des Processirens auf eine dritte Person gegeben. Welcher Art diese Beziehung ist, lässt sich aus dem Wortlaut nicht entnehmen. Man könnte an ein Gebrauchmachen vom Namen des Dritten denken, wenn nicht nachgewiesen wäre, dass das Wort nomen, speciell der Ablativ „nomine“, sehr häufig nur in der farblosen Bedeutung des Wortes „causa“ vorkommt [2]).

Was den Sprachgebrauch unserer Quellen betrifft, so lässt sich Folgendes constatiren:

Der Ausdruck alieno nomine agere selbst findet sich nur an Stellen gebraucht, wo entweder das Processiren des cognitor, procurator, tutor, curator insgesammt oder einzelner solcher Personen, direkt als Beispiel angeführt ist, oder doch aus dem Zusammen-

---

[1]) Der Ausdruck kommt zwar mit Beziehung auf das klägerische Processiren vor, aber zweifellos auch in der weiteren Bedeutung. (cf. G. IV. 82; pr. J. 4, 10; l. 2 D. de in jus voc. 2, 4). — Dass die Bezeichnung je einmal vom Processiren in jure im Gegensatz zum Processiren in judicio gebraucht wäre, ist uns nicht bekannt. Dagegen findet sich der Ausdruck speciell in Beziehung auf das Processiren in judicio u. a. bei Gaius IV. 166a. pr.

[2]) cf. Dirksen, Manuale h. v. § 2 und die dort citirten Stellen; sowie Schlossmann: der Besitzerwerb durch Dritte (1881), und die dort in § 4, namentlich auf S. 39 Anm. 1 citirten Stellen.

hang die Beziehung auf ein solches Processiren mit Deutlichkeit sich ergiebt [1]).

Dagegen finden sich allerdings verwandte Ausdrücke, wie alicujus nomine agere, experiri, judicium accipere, wenn sie auch an einigen Stellen ebenfalls das Processiren der genannten Personen bezeichnen [2]), ausserdem in den verschiedenartigsten Bedeutungen, so vom Processiren des mit der Noxalklage belangten dominus oder pater familias, von der Injurienklage des Vaters auf Grund einer dem Sohn zugefügten Beleidigung, vom Process des Erben auf Grund eines beim Erblasser zur Entstehung gekommenen Rechtsverhältnisses [3]).

Die Römer haben demnach offenbar einen technischen Begriff alieno nomine agere gehabt, der das Processiren des cognitor und procurator u. s. w. umfasste [4]). Unter diesen Begriff konnten die genannten Fälle, auf welche die Bezeichnungen alicujus nomine agere etc. vielleicht auch, wie immerhin möglich ist, alieno nomine agere angewandt wurden, keinenfalls mit subsumirt werden. — Ob es noch einen weiteren Begriff des alicujus nomine agere oder alieno nomine agere gegeben hat, der jene Fälle mitumfasste, kann hier dahingestellt bleiben. Wahrscheinlich ist eine begriffliche Zusammenfassung dieser heterogenen Fälle nicht.

Bei Feststellung von Umfang und Inhalt dieses technischen Begriffs a. n. a. ist also zunächst von dem Processiren der cognitores, procuratores, tutores, curatores auszugehen. Es dürfte aber keinem Zweifel unterliegen, dass die Römer auch das Processiren der cognitores und procuratores in rem suam mindestens

---

[1]) G. IV. 82, 86, 90, 101; Vat. fr. § 322; pr. J. 4, 10; pr. u. § 1 J. 4, 11; l. 39 § 1 D. de proc. 3, 3. Bezüglich l. 20 § 1 D. de app. et rel. 49, 1 und l. 1 § 14 D. q. app. sit 49, 4 cf. folgende Seite N. 3 u. 4.

[2]) l. 17, 21, 22 § 9, 26 i. f. D. rat. r. 46, 8; l. 75 D. de proc. 3, 3; inscr. tit. u. l. 3 D. quod cujusc. univ. 3, 4.

[3]) l. 2 § 1, l. 4 § 2, l. 21 pr., l. 36 und l. 28 D. de nox. act. 9, 4; l. 39 § 4 D. de proc. 3, 3; l. 83 pr. D. de sol. 46, 3.

[4]) Dass an einer Stelle, in den Vat. fr. § 322 die Bezeichnung alieno nomine agere speciell nur vom Processiren des procurator gebraucht ist, ohne dass eine gleichzeitige Beziehung auf das Processiren des tutor oder curator möglich wäre, ändert an dem im Text bezeichneten Resultat nichts. Dasselbe ist durch die übrigen Stellen genügend festgestellt. Die beschränkte Bedeutung in der in Vat. fr. § 322 citirten Ediktstelle kann sich, auch ohne dass ein zweiter engerer Begriff existirte, aus dem Zusammenhang ergeben haben.

zeitweise unter diesen Begriff subsumirten[1]). Dass die Begriffe cognitor und procurator im allgemeinen den cognitor und procurator in rem suam unter sich fassten, beweist unter anderem fr. Vat. § 317[2]). Cognitor und procurator sind die Oberbegriffe, unter die die Unterbegriffe cognitor und procurator in rem suam und cognitor und procurator in rem domini fallen. Das Processiren ist bei beiden Kategorien in ganz wesentlichen Punkten dasselbe. Es ist also im höchsten Grad wahrscheinlich, dass wenn das cognitorische und prokuratorische Processiren schlechthin als Beispiel einer bestimmten Art von Processiren bezeichnet wird, auch das Processiren der cognitores und procuratores in rem suam mit gemeint ist[3]).

Ist dies der Fall, so kann die dem a. n. a. gemeinschaftliche Beziehung auf einen Dritten nicht in der unmittelbaren oder mittelbaren Herbeiführung von Wirkungen für denselhen liegen, der Begriff a. n. a. kann also nicht identisch sein mit dem Begriff „processuale Vertretung".

Eine gemeinsame Beziehung auf einen Dritten liegt in allen diesen Fällen vor hinsichtlich der Grundlage des Processirens. Es wird in denselben ein angeblich fremdes subjectives Recht geltend gemacht oder für eine fremde vom Kläger behauptete Passivbeziehung eingetreten.

Dass es zum Begriff nicht erforderlich war, dass man gerade ein voll ausgebildetes subjectives Recht eines andern, eine fremde actio geltend machte, dürfte aus l. 20 pr. D. de appell. et rel. 49. 1 und andern Stellen hervorgehen[4]). Es genügt, wenn ein

---

[1]) cf. unten S. 16.

[2]) h. l. i. f.: non alius enim cognitor judicati experietur vel ei actioni subjicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit.

[3]) Nicht dagegen spricht l. 20 § 1 D. de app. et relat. 49. 1, welche lautet: Is vero qui in rem suam procurator datus est, intra biduum appellare debet, quia suam causam agit. Einmal ist die Stelle sehr späten Ursprungs, von Modestinus, (Ulpian drückt sich bezüglich desselben Satzes in l. 1 § 12 D. quando app. sit 49, 4 noch etwas zweifelhaft aus) und ferner ist das suam causam agere nicht identisch mit suo nomine agere; es scheint sogar gerade absichtlich, während im pr. der Stelle der Ausdruck alieno nomine agere steht, hier nicht der Ausdruck suo nomine agere gebraucht zu sein. (cf. auch l. 1 § 11 D. q. app sit 49, 4).

[4]) Modestinus libro singulari de praescriptionibus: Qui suspectum tutorem facit et qui de non recipienda tutela excusationem agitat, alieno nomine agere intelligendus est. cf. auch l. 1 § 14 D. quando app. sit 49, 4:

fremdes privatrechtliches Interesse geltend gemacht wird. — Man könnte demnach das alieno nomine agere übersetzen: „Processiren auf Grund fremder Rechtsbeziehung".

Was eigene, was fremde Rechtsbeziehungen sind, dürfte sich im allgemeinen unschwer erkennen lassen. Auf einzelne Fälle, in denen Zweifel entstehen können, weil durch eine und dieselbe Klage verschiedene Interessen geschützt werden, wird noch zurückzukommen sein. Hier ist nur auf eine Besonderheit aufmerksam zu machen, welche im römischen Recht durch den Gegensatz civiler und honorarischer Rechtschaffung zur Zeit des Formularprocesses verursacht wurde. Es ist bekannt, dass in den Anfängen praetorischer Rechtsbildung materielle Rechtssätze eingehüllt wurden in processuale Massregeln. Ein solches Mittel zur Einführung neuer Rechtssätze war auch die subjective Umstellung der Formel.

Der praetor, der aus einem Thatbestand, aus dem das civile Recht ein Recht des A gegen den B ableitete, auch ein Recht des A gegen den C, oder des D gegen den B entstehen lassen wollte, bewirkte dies in der Form, dass er sagte, ich lasse den D gegen den B aus dem Recht des A klagen, oder ich lasse den A sein Recht, das er gegen den B hat, gegen den C geltend machen.

Da nun der praetor formell neues Recht nicht schaffen konnte, so kommt es, dass wir im römischen Recht neben dem Processiren des cogn. proc. u. s. w. und dem damit unmittelbar zusammenhängenden des cogn. und proc. in rem suam eine Reihe von Fällen finden, in denen auf Grund einer formell fremden Rechtsbeziehung processirt ward, Fälle, die jedenfalls gewisse Zeit hindurch unter dem Begriff a. n. a subsumirt werden konnten und mussten. Zu diesen Fällen gehören die actiones adjecticiae qualitatis, ferner die in Gaius III, 84 und IV, 80 genannten Fälle, in denen die Ansprüche der Gläubiger gegen gewisse Personen, die eine capitis deminutio erlitten haben, durch das praetorische Recht aufrecht erhalten und zugleich, wenn auch mit einer Beschränkung der Haftung subjectiv ausgedehnt werden. Dazu kommen die Klagen für und gegen den bonorum emptor,

---

Ulp. libro primo de app.: Si quis suspectum tutorem faciens non optinuerit appellare eum intra triduum debere Julianus libro quadragesimo digestorum scripsit, profecto quasi pupilli defensorem

soweit die formula Rutiliana reicht, und vielleicht auch die in l. 18 § 1 de jud. 5, 1 genannten Klagen, welche der Haussohn auf Grund ihm widerfahrener Verletzungen oder auf Grund von ihm abgeschlossener Rechtsgeschäfte anstellen darf[1]).

Entschieden nicht unter diesen Begriff a. n. a. fällt dagegen das Processiren des mit der Noxalklage belangten dominus oder pater familias und das Processiren des Correalgläubigers oder Correalschuldners. Das erstere scheint MANDRY (Familiengüter-R. Bd. II S. 277) anzunehmen, während die Correalschuldverhältnisse von BRINZ (Krit. Vjschr. Bd. 16 S. 1 ff.) mit dem a. n. a. in Zusammenhang gebracht werden.

Steht man auf dem Standpunkt, dass man die Verpflichtung des Vaters oder dominus auf Grund des durch den Sohn oder Sklaven herbeigeführten Schadens als das Ursprüngliche ansieht und die Annahme einer Verpflichtung des Haussohns und vollends des Sklaven erst dem späteren Recht zuschreibt, so ist schon aus diesem Grunde die Annahme, die Römer hätten sich das Processiren des dominus oder pater familias je als ein Processiren auf Grund fremder Rechtsbeziehung vorgestellt, von

---

[1]) Es stehen sich bezüglich dieser Fälle zwei Ansichten gegenüber. Die eine von SAVIGNY und MANDRY (Familiengüterrecht Bd. I S. 200 ff.) ist die, dass in diesen Fällen der Sohn als präsumtiver procurator des Vaters, wie in l. 35 pr. D. 3, 3 bestimmt, processire. Die andere von BETHMANN-HOLLWEG (Cpr. II S. 323 ff.) aufgestellte geht dahin, dass in diesen Fällen, wie in den Fällen der l. 9 D. de obl. et act. 44, 7, dem Sohn actiones in factum in eigenem Namen gegeben worden seien. — Nun spricht gegen die erstgenannte Ansicht der Umstand, dass die l. 35 cit. ein Processiren des Sohns für den Vater als präsumtiven procurators ohne Beschränkung zuzulassen scheint. Wenn dies der Fall ist, so ist eine besondere Hervorhebung der in l. 18 cit. D. 5, 1 genannten Fälle nicht verständlich. — BETHMANN-HOLLWEG dagegen ist gezwungen, einen Widerspruch zwischen l. 18 cit. und l. 9 cit. anzunehmen, ein Widerspruch, der sich schwer erklären lassen würde.

Das Verhältniss der l. 18 zu den beiden andern genannten Stellen lässt sich wohl am besten erklären, wenn man annimmt, die nur in l. 18 cit. genannten Fälle seien solche, in denen das Processiren des Sohns durch Gewährung der Klage des Vaters, also durch subjective Umstellung der Formel, aber ohne dass der Sohn als procurator präsumirt wurde und cautio rati stellen musste, ermöglicht wurde, während in den in l. 9 cit. aufgeführten Fällen actiones in factum ertheilt wurden. — PAULUS würde nach dieser Ansicht die in l. 18 citirten Fälle als a. n. a. auffassen, während ULPIAN darin ein suo nomine agere sieht.

der Hand zu weisen. Mindestens lag hier keine Ausdehnung durch das honorarische Recht vor, das Civilrecht aber brauchte, wenn es auf Grund eines bestimmten Thatbestands weitere Personen als die schon verpflichteten obligiren wollte, nicht zu einem indirekten Mittel zu greifen.

Ganz zweifellos auf Grund eigener Rechtsbeziehung processirt der Correalschuldner und Correalgläubiger. Es ist zwar schon im vorigen Paragraphen hervorgehoben worden, dass in gewissen Fällen diese Rechtsbeziehung nur formell eine eigene ist, dass solche Verhältnisse zur Erreichung eines Vertretungszwecks benützt werden können, aber beim Begriff a. n. a. ist gerade der formelle Gesichtspunkt das Entscheidende. Davon, dass die Römer selbst diese Fälle mit dem Begriff a. n. a. in Zusammenhang gebracht hätten, findet sich keine Spur. Eine Erklärung der bei denselben Platz greifenden Consumptionswirkung aus einem solchen Zusammenhang ist in jeder Richtung ausgeschlossen.

Die beschriebene Ausdehnung hat der Begriff a. n. a. nur zeitweise haben können. Sofern nemlich die Subsumption der letztgenannten Fälle nur aus der eigenthümlichen Stellung des honorarischen Rechts, das keine subjectiven Rechte schaffen konnte, sich ergab, mussten nach Ueberwindung des Gegensatzes zwischen praetorischem und civilem Recht, nach Anerkennung des ersteren als einer selbständigen Rechtsquelle, die durch dasselbe eingeführten materiellen Rechtsgedanken als solche hervortreten. Der Begriff a. n. a. musste sich demgemäss einschränken. —

Mit der Zeit haben sich, — wie, ist hier näher nicht festzustellen[1]) — auch die Fälle der Cession, die Cognitur und Prokuratur in rem suam aus dem Begriff a. n. a. herausgelöst, so dass unter letzteren nur noch Fälle processualer Stellvertretung fielen.

Ebensowenig konnte der Begriff — wenn er damals überhaupt schon existirte — diese Ausdehnung haben, bevor die Beamten durch die Formelertheilung das Mittel erhalten hatten, materielle Rechtssätze in processuale Form zu kleiden. Auch hier dürfte, wo von einem a. n. a. die Rede ist, dies lediglich auf Fälle processualer Vertretung zu beziehen sein.

---

[1]) Zu vergl. darüber EISELE (Cogn. u. Prok.), welcher annimmt, dass der letzte Schritt durch ein Gesetz der Kaiser GRATIAN, VALENTINIAN II. und THEODOSIUS I. (l. 3 C. THEOD. 2, 12) geschehen sei.

Behufs vollständiger Fixirung des Begriffs ist noch ein Blick zu werfen auf eine Gaiusstelle, welche eine Definition desselben zu geben scheint. Bei GAIUS IV, 86 heisst es: „Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit.“ — Während nun das erste Glied des Satzes vollkommen mit unserer Darstellung übereinstimmt und derselben nur eine specielle Wendung für den Formularprocess giebt, scheint der zweite Theil ein weiteres Begriffsmerkmal aufstellen zu wollen. Nichtsdestoweniger ist von der Annahme einer solchen Aufstellung, mindestens vorläufig, abzusehen. — In den zunächst vorausgehenden Paragraphen hat der Jurist speciell von den Cognitoren, Prokuratoren, Tutoren und Curatoren innerhalb des gewöhnlichen Formularprocesses gesprochen. Er denkt also bei dem in § 86 aufgestellten Satz jedenfalls zunächst an diese Personen und es ist sogar möglich und wahrscheinlich, dass er ausschliesslich an sie denkt, und nicht eine allgemeine Regel für das a. n. a. aufstellen will, in der Weise dass bei einem Verfahren ohne condemnatio die Anwendbarkeit des Begriffs a. n. a. ausgeschlossen wäre. Wir dürfen uns also durch diesen Ausspruch des Juristen die Unbefangenheit für die Detailuntersuchungen nicht nehmen lassen.

Versucht man noch kurz das Verhältniss des Begriffs a. n. a. zu dem Begriff der processualen Stellvertretung zu kennzeichnen, so ergibt sich, dass der erstere Begriff in seiner weitesten Ausdehnung den letzteren (nach Ausscheidung der sog. uneigentlichen Stellvertretung) unter sich begreift. Der Begriff kann also insofern werthvoll für uns sein, als er ein bestimmtes Forschungsgebiet abgrenzt, auf dem Stellvertretungsfälle liegen können. Der Ausschluss des a. n. a. bedeutet auch den Ausschluss processualer Stellvertretung. Nach einzelnen Richtungen fallen die Grenzen beider Begriffe zusammen, so bezüglich der Fragen ob ein fremdes privatrechtliches Interesse und ob ein eigentliches civil-processuales Handeln der Partei bezw. des Vertreters vorliegt. Sofern sich in diesen Beziehungen Schwierigkeiten ergeben, wird die Verwendung des Begriffs a. n. a. durch die römischen Juristen von unmittelbarer Bedeutung für uns sein.

An sich ist die Beantwortung der Frage nach der Verwendung des Begriffs a. n. a. nicht Zweck unserer Untersuchung. Die Fälle eines a. n. a., die nicht Fälle processualer Stellvertretung sind, bleiben bei Seite.

Zweites Kapitel.

Die Stellvertretung im Legisaktionenprocess.

I. § 3. Die Negation der Stellvertretung im Legisaktionenprocess. Vorhandensein einzelner Ausnahmen.

Ueber das a. n. a. im Legisaktionenprocess geben drei oft besprochene und viel citirte Stellen Nachricht. Es sind dies:

1. Gaius IV, 82, welche Stelle nach der Studemund'schen Lesart, der wir uns anschliessen, lautet:

nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno, alieno veluti cognitorio procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quamdiu legis actiones in usu fuissent, alterius nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis.

2. pr. J. de his per quos 4, 10, deren hieher bezüglicher Passus lautet: „cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut reipublicae causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare.

3. Die l. 123 D. de reg. jur. 50, 17 (Ulpianus l. XIV. ad edictum): Nemo alieno nomine lege agere potest.

Demnach war im Allgemeinen jedes a. n. a. folglich auch nach dem in § 2 Ausgeführten jede eigentliche processuale Vertretung ausgeschlossen.

An der Beweiskraft der Stellen ist nicht zu zweifeln. Die beiden ersten Stellen enthalten ganz bestimmte historische Notizen und beziehen sich zweifellos auf die Zeit des alten Processes, die Zeit der allgemeinen Herrschaft des Legisaktionenverfahrens. Die

Kenntniss des GAIUS von diesen Verhältnissen zu bezweifeln, wäre grundlos. Sein Zeugniss müsste allein genügen. Das Zeugniss der Institutionenstelle kann nur als unterstützendes Moment in Betracht kommen.

Was die Ulpianstelle betrifft, so scheint dieselbe allerdings eine Rechtsregel für die Zeit ULPIANS auszusprechen und sich also in erster Linie auf die Fälle der Centumviralgerichtsbarkeit, in denen das Legisaktionenverfahren noch in der Kaiserzeit zur Anwendung kam, daneben vielleicht auf gewisse Fälle der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in denen die legis actio als Solennitätsform beibehalten wurde, zu beziehen.

Die erstere Beziehung wird nahe gelegt dadurch, dass in demselben Buch von ULPIAN'S Ediktscommentar, in welchem die Regel über das a. n. a. sich findet, von der querela inofficiosi testamenti, einem solchen Fall der Centumviralgerichtsbarkeit, gehandelt wird [1]).

Die Mitbeziehung der Regel auf die freiwillige Gerichtsbarkeit wird durch die Stellung des Fragments im ULPIAN'schen Commentar nicht ausgeschlossen [2]). Sie wird unterstützt durch die Nachricht bei GAIUS II § 96 und Vat. fr. § 51, dass gewaltunterworfene Personen sich nicht in jure cediren lassen können, da sie die Behauptung „aio hanc rem meam esse“ nicht aufstellen können, und da, wie subintelligirt werden muss, die Behauptung „aio hanc rem patris od. domini esse“ ausgeschlossen ist [3]). Allein wenn dies auch die zunächst zu Grund zu legende Beziehung der Stelle ist, so liefert dieselbe doch indirekt ebenfalls Beweis für den Zustand in der früheren Zeit; denn wie sollte man später

---

[1]) cf. die inscr. der l. 1, 6, 8 D. de inoff. test. 5. 2; l. 14 D. de appell. et rel. 49, 1 und dazu LENEL edictum perpetuum S. 111 (namentlich die daselbst in N. 1 citirten Stellen).

[2]) Die Unmöglichkeit einer solchen Beziehung wird angenommen von EISELE (Cognitur und Prokuratur S. 6), weil ULPIAN im 14. Buch seines Ediktcommentars auch von den Satisdationen handle. Das Argument scheint uns nicht durchschlagend zu sein.

[3]) Ob die Regel sich auch auf das active in jure cedere beziehen konnte, ob also in der Manumission durch den Haussohn eine Ausnahme von der Regel lag, mag hier dahingestellt bleiben. Diese Frage hängt mit der Contravindikation bei der l. a. sacr. zusammen. Ueber die Möglichkeit solcher Manumission sind zu vergleichen l. 7, 16, 22 D. 40, 1; l. 4 pr., 10, 18 § 2, 22 D. 40, 2; l. 15 § 1, 16 § 5, 30 § 1 D. 40, 9 u. a.

zur Aufstellung einer solchen Rechtsregel gelangen, wenn nicht schon zur Zeit der allgemeinen Herrschaft des Legisaktionenverfahrens die Verhältnisse entsprechend gestaltet waren.

Aber auch nur dafür, dass der thatsächliche Zustand der Regel a. n. a. n. l. entsprach, wird durch die drei citirten Stellen Beweis erbracht. Irrig ist es, aus denselben schliessen zu wollen, dass ein Rechtssatz dieses Inhalts, sei er nun auf Gesetz oder auf gewohnheitsrechtliche Bildung zurückzuführen, schon zur Zeit des alten Processes gegolten habe.

Die letztere Ansicht hat MOMMSEN in seinem römischen Staatsrecht [1]) aufgestellt und sie darauf gegründet, dass der Satz: „nemo alieno nomine lege agere potest“ an verschiedenen Stellen mit beinahe denselben kurzen, knapp gefassten Worten wiederkehre, so dass es den Anschein habe, als sei in demselben die Citation eines älteren Gesetzes enthalten.

Diese Argumentation ist keineswegs schlüssig. Denn die öftere Wiederkehr desselben Satzes, die knappe beinahe rechtssprichwörtliche Fassung desselben, namentlich in l. 123 cit., findet genügende Erklärung, wenn man annimmt, es habe später, zu der Zeit als Legisaktionen- und Formular-Process neben einander in Geltung standen, die theoretische Jurisprudenz, indem sie beide Processsysteme mit einander verglich, eine solche Rechtsregel und zwar nur als Rechtsregel, nicht als Rechtssatz, ausgebildet.

Die Annahme, dass schon zur Zeit des Legisaktionenprocesses ein Rechtssatz existirt habe: „das a. n. a. ist ausgeschlossen“, scheint uns auf einer irrigen Vorstellung über den normalen Gang rechtsgeschichtlicher Entwicklung zu beruhen. In Wirklichkeit dürfte man sich den letzteren in folgender Weise vorzustelleu haben:

Die zuerst ausgebildeten processualen Rechtssätze beziehen sich ausschliesslich auf den normalen Fall des Processirens für sich selbst. Von dem Processiren für einen andern ist zunächst noch gar nicht die Rede, für dasselbe wird weder in positiver noch in negativer Weise irgend etwas bestimmt. In diesem Stadium kann der Satz a. n. a. n. l. nicht entstehen. Mit der Zeit wird nun da und dort das Bedürfniss nach Zulassung eines a. n. a. auftauchen und die rechtschaffenden Faktoren werden sich über die Zulassung in den betreffenden Fällen zu entscheiden haben,

---

[1]) MOMMSEN, römisches Staatsrecht 2. Aufl. Bd. I S. 180 N. 1.

eventuell die nöthigen Formen für ein solches a. n. a. finden müssen.

Treten nun diese Bedürfnissfälle vereinzelt auf und sind sie heterogener Natur, wie wir für das ältere römische Recht nachzuweisen gedenken[1]), so wird man zu einer allgemeinen Stellung der Frage, soll man ein a. n. a. zulassen oder nicht, gar nicht gelangen und schon aus diesem Grund nicht einen derartigen Satz wie „das a. n. a. ist ausgeschlossen" aufstellen.

Allein auch wenn man, wie von mehreren Seiten geschieht[2]), annimmt, dass das Bedürfniss nach processualer Vertretung schon während der Legisaktionenzeit in umfassenderem Mass sich geltend gemacht habe, ist die Entstehung eines derartigen negativen Rechtssatzes im höchsten Grad unwahrscheinlich. Ist für den Gesetzgeber bei seinen Erwägungen nur die Bedürfnissfrage massgebend, schliesst er in einer Reihe von Fällen das a. n. a. aus, weil ihm kein genügendes Bedürfniss danach vorzuliegen scheint, so wird er sich hüten, durch Aufstellung eines negativen Satzes der künftigen Entwicklung einen Riegel vorzuschieben. Jedenfalls darf man dem praktischen Sinn der Römer ein solches Vorgehen nicht ohne Weiteres imputiren.

Erklärlich wäre die Aufstellung eines solchen Rechtssatzes nur, wenn ein positives gesetzgeberisches Princip, ein selbständiger rechtspolitischer Gedanke darin hätte zum Ausdruck gebracht werden sollen. Welches gesetzgeberische Princip dem Ausschluss des a. n. a. im Legisaktionenprocess zu Grunde gelegen haben könnte, ist für uns in keiner Weise erkennbar. Aus der baldigen allgemeinen Zulassung des a. n. a. im Formularprocess scheint uns vielmehr mit Sicherheit hervorzugehen, dass ein solches überhaupt nicht vorlag. Dass man nach Zulassung eines a. n. a. in einzelnen Fällen des Legisaktionenverfahrens noch aus rein formellen Gründen zu der Aufstellung jener Negation gekommen wäre, etwa aus dem Grund, weil das Ritual der legis actio mit einem a. n. a. sich nicht vertrage, erscheint uns vollkommen unglaublich.

Die Zulassung eines a. n. a. in einzelnen bestimmten Fällen ist übereinstimmend von GAIUS (auch nach der STUDEMUND'schen Lesart) und durch die Institutionenstelle bezeugt.

---

[1]) cf. u. § 12.

[2]) cf. u. §§ 13 und 14.

Eine Aufzählung der einzelnen Fälle ist nur in der letzteren gegeben. Die Zuverlässigkeit dieser Nachricht ist, was die positiv behaupteten Fälle betrifft, nicht zu bezweifeln. Denn es ist in hohem Grade wahrscheinlich, dass die Institutionenverfasser ältere Quellen bezüglich der von ihnen gegebenen historischen Notizen benützten. Speciell bei der in Frage stehenden Notiz ergiebt sich aus einigen Stellen in der Paraphrase des THEOPHILUS, der, wie mit Sicherheit anzunehmen, ein und dieselbe Person mit dem Institutionenverfasser THEOPHILUS ist, dass dies der Fall war. Die betreffenden Stellen, auf die im Folgenden (§§ 5 und 8) noch zurückzukommen sein wird, enthalten nemlich zweifellos missverständliche Erklärungen der im Institutionentext aufgeführten Ausnahmen.

Eine andere Frage ist es, ob nothwendig Vollständigkeit der Aufzählung der Ausnahmefälle anzunehmen ist. Diese Frage dürfte zu verneinen sein. Es ist leicht möglich, dass die Institutionenverfasser oder der von ihnen benützte ältere Jurist nur eine Hervorhebung der Hauptfälle bezweckten. — Nur Ausnahmen allgemeiner Art und speciell das a. n. a. des späteren Rechts sind sowohl durch die Institutionen- als durch die Gaiusstelle ausgeschlossen.

Daraus ergibt sich, dass man in der Anerkennung weiterer Einzelausnahmen, auf die man durch anderweitige Quellenzeugnisse oder in Folge eines dringenden praktischen Bedürfnisses hingewiesen wird, mit Rücksicht auf die Institutionenstelle nicht zu ängstlich sein darf. — Immerhin werden jedoch die in der letzteren Stelle aufgeführten Fälle als die wichtigsten anzusehen und desshalb, soweit es Fälle processualer Stellvertretung sind, bei unserer Untersuchung in erster Linie zu prüfen sein.

II. § 4. Mögliche Gestaltungen eines stellvertreterischen Processirens innerhalb der einzelnen Legisaktionsarten.

Bevor auf die Detailuntersuchung eingetreten wird, ist noch kurz zu untersuchen, wie sich die Wirkungen eines stellvertreterischen Processirens innerhalb der einzelnen Legisaktionsarten gestalten konnten.

Was zunächst die negativen Wirkungen des Processes betrifft, so hat der Grundsatz bis de eadem re ne sit actio gewiss

schon in der ältesten Zeit gegolten und zwar sowohl in der Richtung, dass die Wiederholung desselben Processes seitens des Klägers ausgeschlossen war, als in der Richtung, dass der unterliegende Beklagte das Resultat des Processes nicht durch Anstrengung eines entgegengesetzten Processes rückgängig machen konnte. Dass diese Grundsätze auch bei der Geltendmachung einer Rechtsbeziehung durch einen Vertreter Platz gegriffen, lässt sich zweifellos bis auf weiteres annehmen. Dass das nächstliegende und einfachste Mittel, die erforderliche Rechtssicherheit für den Gegner herbeizuführen durch andere künstlichere Gestaltungen ersetzt worden sei, stünde zu beweisen, besonders da die Aushilfsconstruktion, an die man zunächst denken könnte, die Processcautionen, die cautio rati und cautio judicatum solvi allerwärts dem prätorischen Recht zugeschrieben wird.

Bezüglich der positiven Wirkungen ist auf die einzelnen Processarten einzugehen.

Bezüglich der legis actio sacramento, der einzigen Legisaktionsart, über die wir genauer unterrichtet sind, schliessen wir uns der Ansicht derer an[1]), welche sich das Urtheil, jedenfalls im Wesentlichen, als eine Feststellung, Bestätigung oder Negirung, einer in jure formell aufgestellten Parteibehauptung denken.

Es ist in glaubwürdiger Weise überliefert, dass das richterliche Urtheil lautete „sacramentum justum" vel „injustum esse". Es geht dies hervor aus Cicero pro Caecina 33; de oratore I. 42; de domo 29[2]). Die DERNBURG-STINTZING'sche[3]) Auslegung dieser Stellen, wonach das sacramentum justum judicare entweder auf eine Incidentfeststellung oder auf eine nebensächliche Wirkung des Endurtheils, den Ausspruch der Sukkumbenzstrafe,

---

[1]) Auf eine Polemik gegen die entgegenstehenden Ansichten kann hier nicht eingegangen werden. Vor allem würde hier und im Folgenden eine Auseinandersetzung mit den die diesseitige Untersuchung vielfach berührenden Aufstellungen PUNTSCHART's (Das grundgesetzliche Civilrecht der Römer) zu weit führen.

[2]) Cic. pro Caec. c. 33 § 97: non posse sacramentum nostrum justum judicari — decemviri sacramentum nostrum justum judicaverunt.

Cic. de or. I. § 42: justo sacramento contendere (cf. l. 13 C. de inoff. test. 3, 28); de domo 29: si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent.

[3]) DERNBURG, Kr. Zeitschr. I S. 462 fl. STINTZING, über die legis actio sacramento und ihr Verhältniss zur sponsio praejudicialis S. 31 ff.

gleich der heutigen Verurtheilung in die Processkosten, sich beziehen soll, ist in hohem Grade willkürlich und gezwungen.

Es können gegen diese ausdrücklichen Zeugnisse weder das bei GELLIUS 17, 2 angeführte XII Tafelfragment noch GAIUS IV, 48 in Betracht kommen [1]). Das erstere spricht offenbar von einer addictio im Kontumazialverfahren. In der Gaiusstelle ist die pecuniaria condemnatio des Formularprocesses in Gegensatz gestellt zu dem früheren Zustand. Die Pointe des Vergleichs ist, dass „olim" d. h. wohl allerdings im Legisaktionen- und zwar im Sacramentsprocess [2]), der Kläger bei der dinglichen Klage sich nicht mit einer Abfindung begnügen musste, sondern die Sache selbst bekam, wenn sie vorhanden war. Dass von einem c o n d e m n a r e rem ipsam gesprochen wird, während nur gesagt werden soll, die Herausgabe der Sache sei e i n e F o l g e des Urtheils gewesen, ist eine kleine Ungenauigkeit des Ausdrucks, wie sie bei jedem Schriftsteller, auch bei GAIUS, vorkommen kann.

Unterstützend kommen für diesen Inhalt des Urtheils in Betracht die neueren Untersuchungen von DEMELIUS und SCHULTZE [3]) über die ursprüngliche Bedeutung des Sacramentsverfahrens, welche beide trotz der sonstigen vielfachen Differenzen ihrer Auffassungen davon ausgehen, dass das richterliche Urtheil nur eine Kontrolle der eigenen Rechtspersecution der Parteien, des sich selbst Recht Sprechens derselben gewesen sei, also auch blos die Bestätigung der einen oder andern Parteibehauptung enthalten habe.

War demgemäss das Urtheil im Sacramentsprocess der Form nach Feststellung, so ist damit nicht gesagt, dass eine specielle Feststellungswirkung sich an dasselbe angeschlossen habe. Ob es im alten Recht schon juristisch scharf fixirte Feststellungswirkungen gegeben hat, muss dahingestellt bleiben. Durch die Untersuchungen BEKKER's im I. Bd. seiner Aktionen über die Präjudicialwirkung der Sponsionen, namentlich in Beilage M

---

[1]) Das Zwölftafelfragment, tab. I. fr. 8, lautet: post meridiem praesent litem addicito.

GAIUS IV, 48: judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat.

[2]) Anderer Ansicht ist EISELE in der Zeitschrift der Sav. Stiftung für Rechtsgesch. Bd. 5 rom. Abtheil. S. 206. Er nimmt an, dass das „olim" sich auf ein früheres Stadium des Formularprocesses beziehen könne, jedenfalls nicht auf den Sacramentsprocess bezogen werden müsse.

[3]) DEMELIUS, confessio S. 58 ff. SCHULTZE, Privatrecht und Process S. 439 ff.

(S. 376. 377) ist höchst wahrscheinlich gemacht, dass die Entwicklung scharf abgegrenzter, juristisch zwingender, Präjudicialwirkungen erst der Zeit nach CICERO angehört.

Jedenfalls war die Hauptwirkung, welche sich an das Urtheil im Sacramentsprocess anschloss, im Fall der Feststellung einer bestimmten Geldschuld Gewährung einer manus injectio pro judicato an den Kläger, im Fall der Feststellung eines dinglichen Rechts, wie aus der oben citirten Gaiusstelle (IV. 48) hervorgehen dürfte und wie auch neuerdings sowohl von DEMELIUS als von SCHULTZE übereinstimmend angenommen wird, Zulassung der Selbsthilfe des Klägers zum Zweck der Besitzergreifung an der Sache.

In andern Fällen mag sonstige Selbsthilfe oder ein Recht des Klägers, auf ein Litisästimationsverfahren zu provociren, Platz gegriffen haben.

Sofern nun ein Vertreter des Klägers nur zur Besitzergreifung für den Vertretenen, zur Detention, oder zu einer sonstigen Selbsthilfehandlung, durch welche der für den Kläger erstrebte Erfolg unmittelbar hergestellt werden sollte, legitimirt wurde, insofern ist nach dem in § 1 (am Ende) Ausgeführten eine direkte Stellvertretung gegeben.

Eine indirekte Vertretung würde vorliegen, wenn das dingliche Recht des Vertretenen innerhalb des Processes auf den Vertreter übertragen worden wäre. Eine solche Construktion ist aber im höchsten Grade unwahrscheinlich. Es wäre eine unglaubliche Schwerfälligkeit der Technik gewesen, wenn man die gerichtliche Constatirung eines eigenen Rechts des Vertreters zur Voraussetzung einer im Interesse des Vertretenen gegen den Gegner zu entfaltenden Eigenmacht erhoben hätte, oder wenn man da, wo ein längere Zeit andauerndes faktisches Verhältniss des Vertreters zu einer Sache des Vertretenen nothwendig wurde, nicht zu dem einfachen, in jedem Recht nothwendig ausgebildeten Gedanken der detentio alieno nomine gegriffen hätte. Auf passiver Seite ist in allen diesen Fällen eine indirekte Vertretung gar nicht denkbar.

Anders liegt die Sache, wo die Wirkung des Processes in der Verleihung eines neuen Klagrechts, einer manus injectio pro judicato, an den Kläger besteht[1]). Würde es sich hier nur darum handeln, den Vertreter zur Anstellung der Executivklage zu legiti-

[1]) Zur ff. Ausführung ist auch zu vergleichen das unten in § 15 Gesagte.

miren, so könnte dies auch in der Weise geschehen, dass ihm dieselbe ebenfalls wieder alieno nomine ertheilt würde, unter denselben Voraussetzungen wie die erste (Sacraments-) Klage. — Nun ist aber Folgendes zu beachten: Das ganze Verfahren, von der Anstellung der legis actio sacramento an bis zur schliesslichen Schuldknechtschaft des Beklagten, ist darauf angelegt, eine Zahlung des Beklagten an den Kläger zu erzwingen. Ist nun eine Zahlung an den Vertretenen faktisch unmöglich, — z. B. er ist absens, infans, furiosus — und ist der Vertreter in solchen Fällen nicht befähigt, in der Weise für den Vertretenen Zahlung in Empfang zu nehmen, dass er für jenen unmittelbar Eigenthum erwirbt, so bleibt nichts anderes übrig als ihn die Zahlung für sich in Empfang nehmen zu lassen. Dabei wäre nun zwar die Möglichkeit vorhanden gewesen, das Forderungsrecht des Vertretenen unverändert fortbestehen zu lassen und dem Gegner nur das Recht der Erfüllung an den Vertreter zu gewähren. Ebenso nahe oder näher lag es aber, wenn doch einmal an den Vertreter gezahlt werden musste, diesen geradezu zum Gläubiger zu machen, so dass also im Lauf des Processes eine Novation mit Gläubigerwechsel eintrat. Diese letztere Construktion war insofern von ganz besonderem Vortheil, als der Vertreter dadurch in die Lage versetzt wurde, mit dem Gegner zu paktiren, eine Möglichkeit, die bei gewissen Klagen, z. B. bei den actiones furti, dringendes Bedürfniss war. Aus dem letztgenannten Grunde lag es nun auch im Interesse des Schuldners, dass man die betreffende Novation, wenn sie doch einmal erfolgen sollte, möglichst bald, also schon im Sacramentsprocess eintreten liess, so dass der Vertreter die manus injectio pro judicato schon in eigenem Namen anstellen konnte.

Auch auf passiver Seite wäre denkbar, dass ein Vertreter nur gegen Uebernahme der Obligation zugelassen wurde, so dass die manus injectio gegen ihn gegangen wäre. Ob es Fälle gab, in denen eine solche Construktion Bedürfniss war, wird sich im Laufe der Untersuchung noch ergeben.

Wo ein solcher Wechsel in den Rechtsbeziehungen, eine solche Novationswirkung, innerhalb des Sacramentsverfahrens Platz greift, da kann sie sich nicht anknüpfen an das Urtheil. Dies ergiebt sich mit Nothwendigkeit aus dem oben festgestellten Inhalt des letzteren. Sie muss schon vollzogen sein oder spätestens sich vollziehen mit den solennen Parteibehauptungen am Schlusse

der Verhandlungen in jure. Die Eingliedrigkeit der Parteibehauptung — „aio te mihi decem dare oportere“ — würde, auch wenn sie durchweg nachweisbar wäre, der Anknüpfung der Novationswirkung an diese Worte nicht im Wege stehen. Es sind aber auch noch manche andere Möglichkeiten denkbar.

Eine Wirkung, welche gewöhnlich zunächst für den Vertreter eintritt, welche aber unter Umständen auf den Vertretenen abgewälzt werden kann, ist der Verlust der Sacramentssumme. Diese Wirkung verhält sich jedoch zu den andern Wirkungen des Processes durchaus als Nebenwirkung.

Bei der legis actio per manus injectionem besteht die positive Wirkung dss Processes in der Entstehung eines dinglichen Rechts des Klägers an der Person des Beklagten. Ob, eventuell inwieweit das römische Recht die Möglichkeit anerkannte, durch den Manusinjektionsakt dieses dingliche Recht für einen andern zu begründen, dürfte schwer mit Sicherheit zu constatiren sein. Jedenfalls hat man sich diese Möglichkeit auf gewisse Fälle beschränkt zu denken, so dass es auch Fälle geben musste, in denen der Eintritt der Wirkung für den Vertreter nothwendig wurde. — Spätestens mit der Erlangung dieses dinglichen Rechts musste auch eine Gläubigerschaft des Vertreters entstehen, denn es ist nicht anzunehmen, dass durch die Schuldknechtschaft gegenüher dem einen Zahlung an einen andern bewirkt werden konnte. Der entscheidende Zeitpunkt für den Eintritt dieser Wirkung für den Vertreter ist ohne Zweifel durch den Parteispruch, quod tu Titio — damnatus es, ob eam rem ego tibi manum injicio bezeichnet.

Die Wirkungen des Urtheils in der legis actio per judicis postulationem und per condictionem bestanden wohl wie die der legis actio sacramento entweder in der Verleihung einer Executionsklage an den Kläger oder in der Zulassung von Selbsthilfe. Es dürfte hier das über die Wirkungen der legis actio sacramento Gesagte entsprechend Anwendung zu finden haben. Nur hat man hier gar keinen Anhaltspunkt für den Zeitpunkt des Eintritts einer etwaigen Novation.

Bezüglich der Natur der pignoris capio, der etwaigen legis actio damni infecti sowie einer legis actio per operis novi nuntiationem sind wir so im Unklaren, dass es zwecklos wäre, irgend welche Hypothesen über die Gestaltung der Stellvertretung innerhalb dieser Legisactionsarten aufzustellen.

Ehe wir die allgemeine Untersuchung der bei den einzelnen legis actiones Platz greifenden Process-Wirkungen verlassen, ist noch auf eine Wirkung hinzuweisen, welche jedenfalls der legis actio sacramento, wahrscheinlich aber auch den andern Legisaktionen eigenthümlich war, nemlich die Begründung eines festen Streitverhältnisses zwischen den beiden Processgegnern am Schluss der Verhandlungen in jure. Die Wirkungen dieser Streitbegründung bestanden darin, dass die Processgegner verpflichtet waren, den Streit zu Ende zu führen, und dass keine andere Person, sei es für den dominus ein Vertreter, sei es für einen Vertreter der dominus oder ein anderer Vertreter, in den Process eintreten konnte. Die genannten Wirkungen entstanden für einen Vertreter auch dann, wenn er dem materiellen Streitverhältniss fern blieb. — Will man diese Stellung des Vertreters als dominium litis bezeichnen, wie EISELE (Cogn. u. Prok. S. 235) thut, so ist dagegen an sich nichts einzuwenden, nur muss man sich der Bedeutung des Ausdrucks in dieser Anwendung bewusst bleiben[1]).

III. Die einzelnen Fälle, in denen eine processuale Vertretung im Legisaktionenverfahren zugelassen war.

1. Das pro tutela agere.

a. § 5. Beziehung des Ausdrucks. Das Processiren des Vormunds für den Mündel und verwandte Fälle.

Geht man von der nächstliegenden Beziehung des Ausdrucks pro tutela agere, der Beziehung auf das Processiren des Tutors für den Mündel, aus, so wird man durch denselben zweifellos auf einen Fall processualer Vertretung und zwar auf einen Fall von principiellster Bedeutung hingewiesen.

Diese Auslegung, für welche allerdings die herrschende Ansicht ist[2]), geniesst keineswegs den Vorzug unbestritten zu sein. Es sind eine ganze Reihe weiterer Deutungen aufgestellt. Herbei-

---

[1]) cf. u. §§ 15, 16 u. 22.

[2]) Dafür sind ausser den bei KELLER, Civilprocess N. 161 Citirten und KELLER selbst: neuerdings IHERING in der 4. Aufl. des Geists des römischen Rechts Bd. 2 S. 106 Anm. 111 und EISELE, Cognitur u. Prokuratur S. 7 ff. und 53 ff.

gezogen wird vor allem die accusatio suspecti tutoris. Ferner sind verschiedene Schriftsteller durch die Erklärung des Ausdrucks in der Paraphrase des THEOPHILUS zur Aufstellung weiterer Ansichten veranlasst worden. THEOPHILUS bezieht das pro tutela agere auf einen Fall, in welchem zwei Personen sich um die Tutel streiten, weil sich da zeige, dass der im Process Unterliegende alieno nomine processirt habe. Im Anschluss daran wurde nach Erklärungen gesucht, nach welchen das pro tutela agere auf ein Processiren um die Tutel, oder auf ein Processiren an Stelle des richtigen tutor bezogen werden kann.

So denkt ZIMMERN in seiner Rechtsgeschichte (§ 155) an das auctoritatem interponere des tutor praetorius bei einem mit dem eigentlichen tutor abzuschliessenden Geschäft; v. SCHEURL in seinen Beiträgen Bd. I S. 11 ff. an das auctoritatem interponere einer Person, die sich für den tutor legitimus irrigerweise hält, da ein mit solcher auctoritas vom Pupillen abgeschlossenes Geschäft nach l. 1 § 5 und 6 D. q. f. t. 27, 6 wirksam und insofern ein wirksames a. n. a. zugelassen sei. PUCHTA, Inst. I. S. 451, Text zu N. g. nimmt an, dass sich der Ausdruck auf die Vindikation der legitima tutela, die in jure cedirt werden könne, beziehe. — Eine zweite Erklärung, die PUCHTA a. a. O. N. g. gibt, geht dahin, dass mit dem pro tutela agere das Processiren über eine Sache, die fiduciarisch in das Eigenthum des Processirenden übertragen wurde, gemeint sei. Diese fiduciarische Eigenthumsübertragung habe man mit dem Ausdrucke in tutelam dare bezeichnet. —

Die Ursache des unerquicklichen Bildes, das sich uns hier darbietet, liegt ausser in der genannten eigenthümlichen Erklärung des THEOPHILUS in der sprachlichen Schwierigkeit des Ausdrucks „pro tutela“ und in der früheren Lesart von GAIUS IV, 82, nach welcher als Fälle eines a. n. a. im Legisaktionenprocess nur das pro populo und libertatis causa agere aufgeführt waren. Diese irrthümliche Lesart ist jetzt beseitigt. Es ist ferner schon von verschiedenen Seiten hervorgehoben worden, dass man kein Bedenken tragen darf das „pro tutela agere“ im Sinn von „für den Mündel processiren“ zu verstehen, da in einer bei GELLIUS 5, 13, 5 enthaltenen Stelle des MASURIUS SABINUS das Wort „tutela“ ganz zweifellos im Sinn von „is, qui in tutela est“, gebraucht ist. — Ebensowenig darf man dem Umstand, dass THEO-

PHILUS, ohne über die nächstliegende Auslegung ein Wort zu verlieren, zu einer anerkanntermaassen sinnlosen Erklärung greift, zu viel Gewicht beilegen. Es ist, wie schon oben in § 3 angedeutet, nicht anzunehmen, dass die Institutionenverfasser, darunter THEOPHILUS, aus eigener Kenntniss der Verhältnisse sich diesen Fall der Stellvertretung construirt hätten, sondern es ist davon auszugehen, dass ihnen jener Ausdruck in einer älteren Quelle ohne Commentar vorlag. Bei der Erklärung dieser Worte nahm nun THEOPHILUS, der als Grieche keine so genaue Kenntniss der lateinischen Sprache besass, dass er den in dieser Bedeutung veralteten Ausdruck richtig hätte verstehen können, an, das pro tutela agere heisse „um die Vormundschaft processiren" und wurde so zu jener Auslegung gedrängt, über die er sich selbst gewiss nicht ganz klar war [1]). —

Mit der Constatirung dieses Verhältnisses fallen nun die Erklärungen ZIMMERN's und v. SCHEURL's sowie die erstaufgeführte Erklärung PUCHTA's, die dem unbefangenen Beobachter sofort als Nothbehelfe erscheinen, und die nur in den soeben beseitigten Schwierigkeiten ihre Entschuldigung finden, zusammen.

Gegen die Ansicht ZIMMERN's und v. SCHEURL's lässt sich gleichmässig geltend machen, dass man ein auctoritatem interponere niemals als ein agere und speciell das auctoritatem interponere des regelmässigen tutor nicht als suo nomine agere bezeichnen wird, und ferner, dass die Worte pro tutela unmöglich im Sinn von pro tutore verstanden werden können, wenigstens die Möglichkeit einer solchen Auslegung nirgends bezeugt ist. — Gegen den SCHEURL'schen Erklärungsversuch spricht ausserdem noch, dass es sich in l. 1 § 5 u. 6 cit., die v. SCHEURL übrigens missversteht [2]), jedenfalls um praetorische Massregeln zum Zweck der Aufrechthaltung oder Beseitigung dessen „was geschehen" handelt, dass somit jedenfalls von Verhältnissen die Rede ist, die nicht dem Legisaktionenprocess angehören.

Bezüglich der erstgenannten PUCHTA'schen Ansicht genügt es, auf die Polemik v. SCHEURL's a. a. O. zu verweisen.

Was die zweite PUCHTA'sche Erklärung betrifft, so fällt der äussere Anhalt, den dieselbe früher in GAIUS II, 104 hatte, nach

---

[1]) Solches nehmen schon mehrere ältere Commentatoren des THEOPHILUS an. Zu vergl. die in d. REITZ'schen Ausgabe h. l. unter N. i. Citirten.

[2]) cf. LENEL edictum perpetuum S. 99.

der neuen Lesart STUDEMUND's, der das Wort tutela streicht, hinweg. Ausserdem würde der Process des fiduciarischen Eigenthümers nach dem über den Begriff a. n. a. Ausgeführten nicht als solcher zu betrachten und auch nicht von einem römischen Schriftsteller so bezeichnet worden sein.

Es bleiben also nur zwei Fälle übrig, auf die das pro tutela agere bezogen werden kann, der Process des Vormunds für den Mündel, soweit ein solcher möglich war, und der Process des Popularklägers für denselben bei der accusatio suspecti tutoris.

Die Beziehung des Ausdrucks auf das eine Processiren schliesst die Beziehung auf das andere nicht aus, es ist vielmehr leicht möglich, dass derselbe verschiedene Fälle von Vertretung des Mündels umfasst.

Prüfen wir zunächst die Frage, ob und inwieweit ein Processiren des tutor für den Pupillen Platz gegriffen hat.

Es kann gar keinem Zweifel unterliegen, dass sich schon in früher Zeit das Bedürfniss eines rechtlichen Schutzes für solche Pupillen, welche nicht selbst mit auctoritas tutoris processiren konnten, also für infantes, geltend machen musste. Ebenso musste es auch möglich sein, gegenüber von solchen infantes, die man ja nicht in jus vociren konnte, (l. 4 pr. D. de in jus voc. 2, 4), Recht zu erlangen. Man bedenke in wie vielen Fällen die Sistirung des processualen Schutzes in activer und passiver Beziehung zur Zeit der infantia zur praktischen Unverfolgbarkeit, oder gar zum Verlust von Rechten führen konnte. Es sind dabei nemlich nicht blos die faktischen Nachtheile, die für den Berechtigten entstehen konnten — z. B. dass sich der Dieb mit der gestohlenen Sache davon machte —, in Rechnung zu ziehen, sondern auch die rechtlichen Nachtheile, welche bei der Kürze der Usucapionsfristen, deren Lauf durch die impubertas und wohl auch die infantia weder des dominus noch des Usucapienten ausgeschlossen wurde, eintreten mussten [1]).

Es ist ja nun denkbar, dass in der allerältesten Zeit der Legisaktionen in dieser Beziehung kein zureichender Schutz vorhanden gewesen ist, es dürfte sogar nicht einmal unwahrscheinlich sein, dass das testamentum per aes et libram, wie es bei

---

[1]) l. 2 D. de eo qui pro tutore 27, 5; l. 4 § 24 D. de doli mali et metus exc. 44, 4.

Gaius II §§ 103 u. 104 beschrieben ist, zur Abwendung der Nachtheile, die dieser Rechtszustand mit sich brachte, dienen mochte, indem der Vater, der infantes hinterliess, vor seinem Ableben womöglich sein Vermögen einem familiae emptor übertrug, der den Erben erst nach Zurücklegung der Kinderjahre das Vermögen oder den entsprechenden Theil desselben herausgab.

Unmöglich konnte jedoch dieser Zustand bis in die Zeit des späteren Legisaktionenprocesses, eine Zeit, in der das römische Recht schon einen hohen Grad der Entwickelung erreicht hatte, fortbestehen. Denn der Schutz, den das Nunkupationstestament gewähren konnte, war entschieden unzureichend. Der parens konnte plötzlich sterben, so dass es ihm nicht möglich war, ein solches Testament zu errichten. Es konnte auch sein, dass der familiae emptor während der infantia des Erben starb, ohne selbst geschlechtsreife Erben zu hinterlassen.

Das dringende Bedürfniss nach einem Schutz des Mündels durch den Vormund, mindestens während der Zeit der infantia, wird neuerdings wohl kaum mehr verkannt [1]).

Dass jedenfalls in der späteren Zeit des Legisaktionenverfahrens, ein solcher Schutz des Mündels durch den tutor Platz griff, geht; wie Eisele (Cognitur und Prokuratur S. 54) mit Recht hervorhebt, daraus hervor, dass nach einer lex Hostilia für den Pupillen, dessen tutor in Kriegsgefangenschaft oder reipublicae causa abwesend war, die Diebstahlsklage von jedem, der da wollte [2]), angestellt werden konnte. War der Pupill und zwar auch der infans, der nicht cum auctoritate tutoris processiren konnte, bei Abwesenheit des Tutors rechtlich geschützt, so musste er es auch bei dessen Anwesenheit sein.

Von mehreren Schriftstellern wird nun unter Anerkennung des Bedürfnisses nach irgend welchem Schutz behauptet, dass der tutor, dem ein Recht, eine potestas, an dem Pupillen und dessen Vermögen zustand, dieses Recht gegenüber Dritten geltend gemacht, also nicht alieno nomine, sondern suo nomine processirt habe.

Diese Ansicht ist zuerst von Puchta in seinen Institutionen für das älteste Recht aufgestellt worden. Ihm sind ohne diese

---

[1]) Ihering hat in der 4. Aufl. seines Geists des römischen Rechts Bd. 2 S. 106 Anm. 111 seinen früheren Widerspruch aufgegeben.

[2]) cf. unten § 2.

Beschränkung BETHMANN-HOLLWEG, BEKKER und KARLOWA gefolgt [1]).

Wie die Rechtsstellung des Tutors dabei des Näheren gedacht wird, ist nicht ganz klar. So scheint BEKKER, der das Verhältniss mit dem der patria potestas vergleicht, an ein die Rechtsbeziehung des Pupillen vollständig verdrängendes, ausschliessliches Recht des Tutors, Eigenthumsrecht an den Sachen, Gläubigerschaft gegenüber den Schuldnern, obligatorische Verpflichtung gegenüber den Gläubigern zu denken. Dagegen stellt KARLOWA die Sache so dar, als ob der Tutor die Behauptung des dem Pupillen zustehenden Rechts mit Bezugnahme auf seine eigene potestas über die pecunia des Pupillen aufgestellt und somit aus eigenem Recht gehandelt habe. — Man könnte sich das Recht des Tutors auch als ein die einzelnen Rechtsbeziehungen des Pupillen ergreifendes Recht, als ein Recht an Rechten vorstellen, das der selbständigen Geltendmachung fähig wäre. — Die Behauptung des Tutors würde also nach der Ansicht BEKKER's dahin gehen: hanc ego rem meam esse aio, nach der zuletzt aufgeführten Ansicht: hanc ego rem in mea tutela esse aio, nach der KARLOWA'schen Ansicht: hanc ego rem Titii pupilli mei esse aio.

Würde man die letztgenannte Ansicht zu Grunde legen, so würde man ganz nach dem über den Begriff a. n. a. Ausgeführten zweifellos in a. n. a. eine richtige Stellvertretung des Pupillen durch den Tutor haben. Die potestas bildete blos den Legitimationsgrund zur Geltendmachung der Rechtsbeziehung des Pupillen.

Anders bei den beiden erstgenannten Ansichten. Hier würde in dem Processiren des Tutors zwar auch noch ein stellvertretendes Processiren im weiteren Sinn (cf. o. S. 7) zu sehen sein, sofern das von ihm geltend gemachte Recht ihm lediglich zu dem Zweck verliehen ist, damit er für den Pupillen eintreten, dessen Interessen wahrnehmen, und schliesslich in irgend welcher Weise die Wirkungen seiner Geschäftsführung auf den Pupillen übertragen solle. — Eine Stellvertretung im engern Sinn, welche zugleich a. n. a. wäre, würde dadurch allerdings ausgeschlossen sein.

---

[1]) PUCHTA Inst. I S. 451 N. g. BETHMANN-HOLLWEG, Civilproc. I S. 110. BEKKER, Aktionen IV S. 114 Anm. 21. KARLOWA, Legisaktionen S. 356 ff.

Gegen beide Auffassungen sprechen jedoch so gewichtige Gründe, dass dieselben mit ziemlicher Sicherheit als irrthümliche bezeichnet werden können.

Was die positive Begründung derselben betrifft, so können nicht in Betracht kommen Stellen wie l 7 § 3 D pro empt. 41, 4; l. 56 § 4 D. de furtis 47, 2; l. 11 § 7 D. q. v. a. cl. 43, 24; l. 157 pr. D. de reg. juris 50, 17; l. 27 D. de admin. et per. tut. 26, 7, in denen es heisst, dass der Tutor innerhalb seiner Administration domini loco habetur domini vice est, u. s. w. Aus den einzelnen Befugnissen, die in diesen Stellen dem Tutor auf Grund der Thatsache, dass er domini loco habetur, zugeschrieben werden, geht nichts weiter hervor, als dass er ein Verwaltungsrecht am Pupillarvermögen hatte, das ihn zu Veräusserungen und sonstigen Verfügungen legitimirte, ein Herrschaftsverhältniss gegenüber den Sklaven begründete, u. s. w. — Ein solches Verwaltungsrecht wird von keiner Seite in Zweifel gestellt. Es folgt jedoch aus demselben lediglich nichts für die Stellung des Tutors im Process.

Nicht mehr als ein Verwaltungsrecht wird ferner durch das gewöhnlich angeführte XII Tafelbruchstück: Si furiosus escit adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto [1]) für den curator furiosi nachgewiesen. Ob der Schluss von letzterem auf den Tutor gerechtfertigt wäre, mag dahingestellt bleiben.

Durch die Annahme eines suo nomine agere des Tutors im alten Recht würde aber ein unheilbarer Riss in der ganzen Entwicklung des Vormundschaftsrechts entstehen. Für die spätere Zeit ist durch Gaius IV, 86 ausdrücklich bezeugt, dass der Tutor die intentio ex persona domini nahm. Es ist ferner bezeugt, dass die tutores, wenigstens zu Gaius Zeit, in allen Fällen cautio judicatum solvi, in den meisten cautio rati zu leisten hatten (Gaius IV, 101 u. 99). Alle diese Thatsachen lassen sich mit einem früheren suo nomine agere des Tutors nicht oder nur schwer vereinigen, man müsste denn annehmen, dass die Rechtsstellung desselben während der infantia des Pupillen und nachher eine verschiedene gewesen sei, wofür gar kein Anhaltspunkt vorhanden ist und wovon jedenfalls im späteren Recht keine Spur sich findet. — Bei einer unmittelbaren Anknüpfung der Einzelrechte an die Person des Tutors während der ganzen Dauer der Tutel wäre

---

[1]) Cicero, de invent. 2. 50.

auch nicht erklärlich wie man zur interpositio auctoritatis von Seiten des Tutors gelangte, die doch bekanntermaassen ein wesentliches Element der römischen Tutel von Alters her gebildet hat.

Entscheidend scheint uns zu sein, dass die beiden Gestaltungen, sowohl die Anknüpfung der ausschliesslichen Rechte an die Person des Tutors als die Ausbildung besonderer Rechtsbeziehungen desselben höchst unpraktische Mittel zur Ermöglichung eines Processirens für den Pupillen gewesen wären. Die erstere hätte zu zweifellos zu missbilligenden Konsequenzen hinsichtlich der Sicherheit des Mündels geführt, die letztere hätte gegenüber der Zulassung eines a. n. a. entschieden den Nachtheil viel grösserer Komplicirtheit gehabt.

Wir tragen nach allem dem kein Bedenken, für den Legisaktionenprocess die Zulassung eines a. n. a. des Tutors für den Mündel für gewisse Fälle anzunehmen. Wie sich an diesen ursprünglichen Zustand die Entwicklung des späteren Rechts anschloss, wird später noch auszuführen sein[1]).

In wie weit nun ein solches Processiren des Tutors für den Pupillen zugelassen war, lässt sich, abgesehen von der höchst wahrscheinlichen Beschränkung auf solche Eälle, in denen das Processiren des Pupillen mit auctoritas tutoris ausgeschlossen war, nicht mehr eruiren. — Es ist aber immerhin keine zu enge Beschränkung zu Grund zu legen und jedenfalls die Möglichkeit, dass sämmtliche Legisaktionsformen bei diesen Processen zur Anwendung kamen, anzuerkennen.

In ganz gleicher Weise, wie bei der Tutel dürfte in gewissen Fällen der cura eine processuale Vertretung stattgefunden haben. So war vor allem bei der cura furiosi, wobei wir, wie Voigt (Zwölftafelrecht Bd. II, S. 731 N. 8) annimmt, ausser an Geisteskrankheit auch an Taubheit und Stummheit zu denken haben, ein eigenes Handeln des Curanden so wenig möglich, als in den hervorgehobenen Fällen der Tutel. An die cura furiosi hat sich möglicherweise von Alters her die cura prodigi angeschlossen[2]), da Curatoren, also auch der curator prodigi, wie wir wissen, keine auctoritas interponiren konnten, folglich ein eigenes lege agere

[1]) cf. u. § 17.

[2]) cf. darüber l. 1 pr. D. de cur. fur. dand. 27, 10.

des prodigus mit auctoritas des Curators ausgeschlossen war [1]). — Andere Fälle der cura sind erst späteren Ursprungs.

Der Annahme, dass auch in diesen Fällen eine processuale Vertretung Platz griff, steht nicht entgegen, dass ein a. n. a. des Curators für den Curanden in der Institutionenstelle nicht erwähnt ist. Nach dem im vorigen Paragraphen Ausgeführten, ist eine vollständige Aufzählung der einzelnen Fälle an dieser Stelle nicht zu erwarten und besonders konnte ein solcher Fall, der sich unmittelbar an einen der genannten Fälle anschliesst, unerwähnt bleiben.

Gegen ein suo nomine agere dieser curatores würden ganz dieselben Gründe sprechen, wie gegen das suo nomine agere der tutores. Dahingestellt lassen wir, ob auch wegen des von dem hospes verübten Delicts ein pro tutela agere des patronus eintrat, wie Voigt (Zwölftafelrecht I. S. 573) annimmt. Die von Voigt in Nr. 5 angeführten Quellenbelege scheinen uns für die genügende Begründung dieser Hypothese nicht auszureichen.

Betrachten wir nunmehr die nähere Gestaltung des Processirens dieser tutores und curatores, so spricht die grösste Wahrscheinlichkeit dafür, dass wir es auf diesem ganzen Gebiet mit einer vollkommenen direkten Stellvertretung zu thun haben. Vor allem ist anzunehmen, dass der Gedanke einer Detention des Tutors oder Curators für den Infans oder Furiosus dem römischen Recht in jener Zeit schon vollkommen geläufig war, so dass also beim dinglichen Rechtsstreit dem Vertreter nur eine solche Detentionsbefugniss eingeräumt zu werden brauchte. Es ist aber auch anzunehmen, dass die genannten Vertreter zu einem Zahlungsempfang für ihre Schutzbefohlenen in der Weise legitimirt waren, dass jene durch den Zahlungsakt unmittelbar Eigenthümer wurden. Die Verfügungsmacht über das im Streit befangene Recht des Vertretenen ergab sich bei der rechtlichen Stellung dieser Personen von selbst. Ein Motiv, sie für ihre Person zu Gläubigern zu machen, konnte also nicht vorliegen. Auch bezüglich der

---

[1]) a. A. Voigt, Zwölftafelrecht Bd. II. S. 728 N 10. Derselbe nimmt an, dass der prodigus allein ohne Mitwirkung des curator legis actio vornehmen konnte, und dass nur der confessio in jure desselben vom Prätor ohne sachliche Cognition kein Effekt zugestanden worden sei.

Wirkung der manus injectio ist höchst wahrscheinlich, dass die Schuldknechtschaft gegenüber dem Vertretenen entstand und die faktischen Zwangsmassregeln gegen den Schuldknecht in seinem Namen vom Vertreter ausgeübt wurden. Es erscheint kaum glaublich, dass die Römer von dieser Gestaltung durch ein formelles Bedenken, (etwa die Worte: ego tibi manum injicio) sich hätten abhalten lassen.

Eine gewisse Schwierigkeit existirt bezüglich der Vertretung auf beklagtischer Seite. Ein Eintritt des Tutors oder Curators in die Passivbeziehung, eine persönliche Haftung desselben für die Schulden des Vertretenen, insbesondere für die vor Beginn der Tutel entstandenen, erscheint vollkommen unthunlich. Auf der anderen Seite erhebt sich die Frage, wie sollte der siegreiche Kläger zur Befriedigung seines Anspruchs gelangen. Manus injectio gegenüber dem Infans oder Furiosus, Schuldknechtschaft derselben, war gewiss ausgeschlossen. — Ein mögliches Hilfsmittel wäre die Wegnahme von Vermögensstücken des Pupillen oder Curanden (pignoris capio) gewesen. Denkbar wäre auch ein durch Vermittlung des processleitenden Magistrats gegen den Tutor ausgeübter Zwang zur Zahlung aus dem Vermögen des Pupillen [1]).

Kein Zweifel ist, dass die negativen Wirkungen bei diesen Processen für die Vertretenen eintraten. Denn in Fällen, in denen man dem Pupillen das Recht des eigenen Processirens vorbehalten wollte, hätte man in jener Zeit eine Processführung des tutor überall nicht zugelassen.

Die zunächst für den Tutor oder Curator eintretende Wirkung des Verlustes der Sacramentssumme konnte sicherlich auf den Vertretenen übertragen werden. Ohne Zweifel werden diese Vertreter die Sacramentssumme gewöhnlich von Haus aus dem in ihrer Verwaltung stehenden Vermögen des Vertretenen entnommen haben.

Kaum mit irgend welcher Sicherheit zu beantworten ist die Frage, auf welche Weise die Prüfung der Legitimation dieser Vertreter erfolgte, wie es sich verhielt, wenn eine Person, welche gar nicht Tutor war, vor dem Praetor erschien und die legis actio, hanc ego rem Titii pupilli mei esse aio, vornehmen wollte.

[1]) cf. l. 2 pr. D. de adm. et per. tut. 26, 7: nec pignora tutoris capienda saepe rescriptum est. u. über dieselbe unten § 17.

Innerhalb der legis actio sacramento ist es ebensogut möglich, dass schon der Praetor prüfte, ob die betreffende Person wirklich Tutor war und dass derselbe im Falle mangelnder Legitimation die Vornahme der legis actio verhinderte, als dass man die Prüfung der Legitimation dem Verfahren in judicio überliess, so dass bei fehlender Legitimation das sacramentum des Vertreters für injustum erklärt worden wäre. Der in Aussicht gestellte Verlust der Sacramentssumme mochte dabei vom Versuch eines legitimationslosen Processirens genügend abschrecken [1]).

Für das Manusinjektionsverfahren dürfte wohl die Cognition des Beamten vor Vornahme der eigentlichen legis actio das Wahrscheinlichere gewesen sein. — Was die anderen Legisaktionsformen betrifft, so ist bei der geringen Kenntniss, welche wir von ihnen besitzen, die Möglichkeit der Hypothese vollkommen ausgeschlossen.

b. § 6. Die accusatio suspecti tutoris.

Ein zweiter Fall, auf den das agere pro tutela bezogen werden kann, ist der Prozess des Popularklägers bei der accusatio suspecti tutoris vel curatoris. Eine solche Beziehung wird nahe gelegt dadurch, dass im späteren Recht dieses Processiren als ein a. n. a. bezeichnet, der accusator mit einem defensor pupilli verglichen wurde [2]).

Bekannt ist, dass das Rechtsinstitut der accusatio suspecti auf Zwölftafelrecht zurückgeht [3]).

Ueber den Gegenstand der durch die Zwölftafeln gewährten Klage sind direkte Nachrichten nicht erhalten. Nicht hierher gehören die von einzelnen auf die accusatio suspecti bezogenen Cicerostellen, Cic. de off. 3,15 und de orat. 1,36 (§§ 166—167),

[1]) Würde man die letztere Construktion zu Grunde legen, so hätte schon im Legisaktionenverfahren eine ähnliche Behandlung des Legitimationspunkts, wie sie im Formularprocess durch die Combination der exceptio procuratoria mit der cautio rati bewirkt wurde, Platz gegriffen. Das Gemeinsame wäre darin gelegen, dass man den Vertreter durch Androhung eines Nachtheils für seine Person von einem legitimationslosen Processiren abzuhalten gesucht wurde. Dass diese Gestaltung Platz gegriffen habe, ist aber, wie gesagt, reine Hypothese.

[2]) l. 20 pr. D. de app. et rel. 49, 1; l. 1 § 14 D. quando app. sit. 49, 4.

[3]) l. 1 § 2 D. de susp. tut. et cur. 26, 10; pr. I. de susp. tut. et cur. 1, 26.

ebensowenig die l. 55 § 1 D. de adm. et. per. tut. 26,7. Sämmtliche Stellen beziehen sich auf die actio rationibus distrahendis. Der einzig mögliche Weg zur Feststellung dieser alten Klage ist demgemäss die Betrachtung des Rechtsinstituts in späterer Zeit. Auch hier will übrigens das überlieferte Quellenmaterial nicht recht ausreichen.

Der Hauptzweck des späteren in den Kreis der prätorischen Cognition fallenden Verfahrens [1]) war zweifellos die Remotion des Tutors. Wie dieselbe vermittelt wurde, ob anfänglich durch einen Zwang zur Abdication [2]) ist für uns von untergeordnetem Interesse.

Der Akt der Remotion war jedenfalls eine Wirkung, welche im Interesse des Pupillen lag und zwar war dieses Interesse ein privatrechtliches auf die Sicherung seines Vermögens abzielendes.

Insofern war die Grundlage für ein civilprocessuales Verfahren und demgemäss für eine civilprocessuale Vertretung vorhanden, auch wenn die genannte Wirkung alleiniger Zweck des Rechtsmittels war. — Ob in diesem Fall noch von einer civilprocessualen Vertretung des Pupillen durch den accusator die Rede sein konnte, hängt wesentlich davon ab, welche Stellung der cognoscirende Beamte einnahm. Es sind in dieser Beziehung zwei Möglichkeiten vorhanden. Entweder der Beamte nahm das Interesse des Pupillen vollständig von sich aus wahr und bediente sich des accusator mehr oder weniger nur als Auskunftsperson. Dann war eine civilprocessuale Vertretung mindestens auf Seiten des Pupillen ausgeschlossen. Hierauf scheint einigermassen die Möglichkeit des Einschreitens ohne Accusation hinzuweisen [3]). Es war aber auch möglich, dass es, wenn ein accusator vorhanden war, wesentlich seiner Thätigkeit überlassen wurde, den Erfolg herbeizuführen. Für die letztere Gestaltung sprechen die schon citirten Stellen, in welchen von einem a. n. a. des accusator die Rede ist und die detaillirten

---

[1]) cf. §§ 7, 8, 9 I. h. t. 1, 26; l. 39 § 7 D. de proc. 3, 3; l. 7 § 3 D. h. t. 26, 10; l. 3 § 4 D. h. t. 26, 10.

[2]) So nimmt an Pernice, Labeo II. S. 296.

[3]) l. 3 § 4 D. h. t. 26, 10. So bezeichnet z. B. Voigt in seinem Zwölftafelrecht Bd. II. S. 427 die accusatio suspecti tutoris als eine „dem Administrativjustizverfahren angehörige, ebensowenig in solenner Formel, wie extra ordinem sich vollziehende Imploration“.

Vorschriften, welche über die Fähigkeit zur postulatio suspecti gegeben sind. — Jedenfalls bleibt, wenn auch später das Verfahren sich rein inquisitorisch gestaltet haben sollte, die Möglichkeit, dass im Legisaktionenverfahren eine eigentliche Klage, eine legis actio, im Interesse des Pupillen gegeben war.

Uebrigens scheint die Remotion, zunächst einmal in der späteren Zeit, gar nicht alleiniger Zweck des Verfahrens gewesen zu sein. Dies wird nahe gelegt durch die l. 39 § 7 D. de proc. 3,3.

Der hieher gehörige Theil derselben lautet:

> Ulpianus libro nono ad edictum: Item ait (sc. Pomponius), si suspectus tutor postuletur defensorem ejus oportere etiam, de rato cavere, ne reversus ille velit retractare quod actum est [1]).

Nicht entscheidend ist, dass der für den Tutor eintretende defensor cautio rati leisten musste. Denn eine solche cautio rati konnte sich möglicherweise auch auf eine Anfechtung der Remotion seitens des zurückkehrenden Tutors und die dadurch für den Pupillen und dessen Vertreter entstehenden Nachtheile beziehen. Dagegen ist von durchschlagender Bedeutung das Wort „etiam" in der betreffenden Stelle. Der Vertreter muss etiam de rato caviren. Welche andere Caution sollte der defensor ausser der cautio rati noch zu leisten haben, als die cautio judicatum solvi? Das Vorhandensein dieser Caution lässt aber mit ziemlicher Sicherheit auf die Möglichkeit einer Geldcondemnation schliessen.

Bei der Frage, welche vermögensrechtliche Entscheidung in diesem Process erfolgt sein kann, scheint Cujaz an eine vollständige vermögensrechtliche Auseinandersetzung zwischen Tutor und Pupill zu denken, indem er annimmt, dass die cautio rati dazu diente, den Pupillen gegen eine contraria tutelae actio des rückkehrenden Tutors, mit welcher derselbe das vermögensrechtliche Resultat des Remotionsprocesses theilweise wieder umstossen will, sicher zu stellen [2]). — Eine solche Gestaltung

[1]) Zu vergl. ist auch l. 6 D. rat. rem. hab. 46, 8.

[2]) Cujaz, neapolitanische Ausgabe Bd. V. S. 108 E.: defensor ejus non tantum judicatum solvi sed etiam de rato cavere debet: quia fieri potest ut reversus tutor agat contraria actione tutelae et petat aliquid a pupillo ex causa administrationis. — Die Meinung des Cujaz könnte übrigens möglicherweise auch dahin gehen, dass der tutor in der Abwesenheit negotia für den Pupillen gerirt hat und dafür mit der actio tutela contraria Ersatz verlangt.

wäre im höchsten Grad unpraktisch gewesen. Diese Auseinandersetzung musste dem neu zu ernennenden Tutor vorbehalten bleiben und konnte nicht einer Person, die dem Pupillen möglicherweise ganz fern stand und keinen genaueren Einblick in die Vermögensverhältnisse desselben und in die Geschäftsführung des bisherigen Tutors hatte, anvertraut werden.

Man könnte auch daran denken, dass in dem Accusationsverfahren eine Verurtheilung des tutor suspectus, der den grössten Theil des Pupillenvermögens in Händen hatte, zur Gewährung von Alimenten bis zur definitiven Vermögensauseinandersetzung erfolgen konnte, oder dass der praetor, sei es gewöhnlich, sei es nur in gewissen Fällen zu Pönalsponsionen nöthigte und dass demnach die cautio judicatum solvi auf eine Sponsionssumme sich bezog. —

Erlaubt dürfte aber unter den vorliegenden Umständen auch folgende Hypothese sein:

In den Fällen dolosen Handels seitens des Tutors mochten die Zwölftafeln wie bei der actio rationibus distrahendis eine Strafklage auf das duplum des veruntreuten Betrages gegeben haben, welche jeder römische Bürger für den Pupillen bezw. Curanden anstellen konnte und an deren Durchführung sich das Einschreiten des Praetors mit Remotion knüpfte. An diese ursprüngliche Klage würden sich die weiteren accusationes wegen Nachlässigkeit oder Unfähigkeit angeschlossen haben.

Unterstützt wird diese Hypothese durch die Zusammenstellung der accusatio suspecti mit dem crimen expilatae hereditatis und der actio furti in l. 3 § 5 D. h. t.

Es lässt sich gegen dieselbe nicht einwenden, dass l. 39 § 7 D. cit. 3,3 einen Unterschied zwischen verschiedenen Fällen, solchen in denen eine pecuniaria condemnatio möglich sei und in Folge dessen cautio judicatum solvi geleistet werden müsse und solchen, bei welchen dies nicht zutreffe, nicht mache, sondern schlechthin cautio rati und cautio judicatum solvi verlange. Der Verfasser der Stelle konnte sich ganz wohl so wie geschehen ausdrücken, wenn er gerade an den Hauptfall der accusatio suspecti, die ursprüngliche Klage wegen dolosen Handelns, dachte.

Leicht möglich ist auch das Verhältniss, dass cautio rati immer, cautio judicatum solvi nur in den Fällen der altcivilen Klage auf das duplum, geleistet werden musste, und dass die etwas ungenau ausgedrückte Meinung des Pomponius die wäre:

der in gewissen Fällen zur cautio judicatum solvi verpflichtete defensor hat jedenfalls cautio rati zu leisten.

Geht man von der Anschauung aus, dass die accusatio suspecti tutoris zur Zeit des Legisaktionenprocesses lediglich eine auf Remotion des Tutors abzielende Klage gewesen sei, mag man nun an eine direkt auf diesen Erfolg gerichtete legis actio oder an eine Pönalsponsion denken, so hätte man sich die Vertretung des Pupillen durch den Popularkläger als eine direkte vorzustellen, da der Hauptertolg des Processes, die Remotion, unmittelbar für den Pupillen eintritt.

Allein auch bezüglich der von uns vermutheten Klage auf das duplum des unterschlagenen Betrags möchten wir direkte Stellvertretung annehmen.

Es hätte sich hier wohl zunächst nur um die Herstellung eines vollstreckbaren Titels gegen den tutor suspectus, auf Grund dessen dann die Remotion erfolgte, gehandelt, während man die Beitreibung der betreffenden Geldsumme dem nach der Remotion neu zu bestellenden Tutor oder Curator überlassen hätte. Sollte der Popularkläger die betreffende Summe auch eintreiben, so hätte wohl allerdings nach dem in § 4 Ausgeführten ein Uebergang der Forderung auf ihn Platz gegriffen.

Was die Constatirung der Legitimation betrifft, so dürfte man wohl hier, wie in allen Fällen, wo dieselbe lediglich auf dem römischen Bürgerrecht beruhte, Prüfung durch den die Verhandlung in jure leitenden Beamten anzunehmen haben. Die Frage, ob die als Kläger auftretende Person römischer Bürger war oder nicht, wird sich seitens der Beamten ohne jegliche Schwierigkeit haben erledigen lassen. — Sicheres lässt sich hier so wenig wie bezüglich der Prüfung der Legitimation bei den tutores und curatores sagen.

2. § 7. Das agere ex lege Hostilia.

Am nächsten mit dem agere pro tutela verwandt, weil ebenfalls eine Klage zum Schutz privatvermögensrechtlicher Verhältnisse, ist das agere ex lege Hostilia.

Worauf dieses alieno nomine agere zu beziehen ist, ist in der Institutionenstelle selbst mit wünschenswerthester Deutlichkeit gesagt. Der hierher gehörige Theil derselben lautet:

praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent.

Bei der Genauigkeit der Angabe lassen sich Zweifel an deren Richtigkeit nur durch die schwerwiegendsten sachlichen Bedenken rechtfertigen. Denn an eine Erfindung der Institutionenverfasser ist in dieser Beziehung kaum zu denken.

Keine weitere Schwierigkeit macht die in der Stelle erwähnte Vertretung von Personen, welche in Staatsangelegenheiten abwesend waren, und von deren Mündeln. — Es war dies ein Fall von Abwesenheit, in dem ein Schutz des Vermögens des Abwesenden bezw. deren Schutzbefohlenen speciell gegen deliktische Eingriffe durch die Billigkeit besonders geboten erschien. Es lag darin der vorsichtige Beginn der Zulassung einer Vertretung von Abwesenden.

Auffallen könnte auf den ersten Blick die eigenthümliche Behandlung des Legitimationspunkts. Es geht zwar nicht aus der Stelle direkt, wohl aber aus dem entsprechenden Passus in der Paraphrase des THEOPHILUS (4. 10. pr. p. 462) hervor, dass ὁ βουλόμενος d. h. jeder Bürger, der da wollte, die Klage anstellen konnte. — Eine solche Behandlung ist jedoch vollkommen erklärlich. Mochte es immerhin schon zur Legisaktionenzeit Sitte sein, im Fall längerer Abwesenheit einen procurator omnium bonorum zurückzulassen [1]), so wäre diese Legitimation doch zu unsicherer Natur und zu wenig leicht liquid zu stellen gewesen, um im Legisaktionenverfahren gleich wie die Tutel als solche zugelassen zu werden. Die Stellvertretung auf Vollmacht zu gründen und etwa gar erst zu diesem Zweck den Vollmachtsbegriff auszubilden, war gar kein Anlass vorhanden, denn eine solche Vollmacht hätte zum voraus und ins Unbestimmte ertheilt werden müssen und wäre ebensowenig wie die rein faktische Stellung des procurator omnium bonorum im Process liquid zu stellen gewesen. Auch eine Beschränkung der Vertretungsbefugniss auf die nächsten Verwandten mochte unthunlich erscheinen, sei es dass man auch diesen Legitimationsgrund für nicht liquid genug hielt, sei es dass man der Ansicht war, die Interessen des absens würden so nicht in genügender Weise geschützt. —

---

[1]) Ueber die Stellung des procurator omnium bonorum cf. u. § 15.

Durch Gewährung der Diebstahlsklage an jeden römischen Bürger wurde in erster Linie einmal auf die Nächstbetheiligten ein wirksamer Druck ausgeübt, sich zu regen und die Sache in die Hand zu nehmen und wenn auch schliesslich ein extraneus zur Anstellung der Klage gelangte, so war dies für den Abwesenden immer noch günstiger als wenn der Dieb gar nicht verfolgt wurde.

Was den zweiten in der Stelle genannten Fall, die Vertretung derer, qui apud hostes sunt, betrifft, so kann dieser Ausdruck auf nichts anderes als auf die Vertretung Kriegsgefangener bezogen werden. Die Beziehung auf in Privatgeschäften Reisende wie die Beziehung auf Geiseln ist ausgeschlossen [1]).

Schwierigkeiten bereitet dabei der Umstand, dass die Möglichkeit eines furtum gegenüber dem Kriegsgefangenen anerkannt wird, während dieser doch in Folge der erlittenen capitis deminutio maxima — dass diese und in Verbindung mit ihr das jus postliminii bis in die älteste Zeit zurückreicht, ist von Voigt [2]) neuerdings mit u. E. nicht ausreichenden Gründen angefochten worden — aufgehört hatte, als berechtigtes Subject in Beziehung auf sein früheres Vermögen zu fungiren [3]).

Die Stellung des älteren römischen Rechts in dieser Beziehung, ist im wesentlichen Folgende [4]): Obwohl die Berechtigung des ursprünglichen dominus aufhört, soll das Vermögen desselben doch nicht wie ein herrenloses Gut behandelt werden, das der Nächste Beste sich aneignen darf. Es soll vielmehr zusammengehalten werden im Interesse des zurückkehrenden dominus, oder, wenn man die fictio legis Corneliae dazu nimmt, im Interesse seiner Erben. Im Vordergrund musste dabei immer, auch wenn

---

[1]) Die letzteren würden unter den Begriff der reipublicae causa absentes fallen. Wären die ersteren gemeint, so wäre die Art und Weise der Gegenüberstellung beider Arten von absentes unerklärlich.

[2]) Voigt, Zwölftafelrecht Bd. I. § 30 S. 287 ff.

[3]) Diese Schwierigkeiten haben Bechmann veranlasst, in seiner Schrift über das jus postliminii (S. 68. 69) das apud hostes esse auf einen andern Fall als die Kriegsgefangenschaft zu beziehen, bezw. die Richtigkeit der ganzen Nachricht zu bezweifeln.

[4]) Im Wesentlichen übereinstimmend Ihering in seinem Aufsatz über „die passive Wirkung der Rechte“ (Jahrbuch für Dogmatik Bd. 10. S. 430 und 431), dessen Ansicht von Bechmann l. c. mit unerfindlichen Bedenken angefochten wird.

man die fictio legis Corneliae in jene ältere Zeit zurückverlegt, das Interesse des Kriegsgefangenen selbst stehen. Man dachte sich desshalb das Vermögen noch in Beziehung zu seiner Person stehend, das furtum folglich als ihm gegenüber begangen. Die Diebstahlsklage wird „in seinem Namen" vom Popularkläger angestellt, er wird „vertreten". — Ohne diese Bestimmung wäre der Rechtszustand des älteren Rechts geradezu unbegreiflich. Durch sie allein wird die unerlässliche Regelung des Zustands in der Zwischenzeit bis zur definitiven Entscheidung über das Schicksal des Vermögens bewirkt.

Die Gründe, warum auch hier die Legitimation zur Klage auf den Quivis ex populo ausgedehnt wurde, sind dieselben, wie die bezüglich der Klage für den reipublicae causa absens hervorgehobenen. — Der Gedanke des Gesetzgebers war hier speciell der, dass die Nichtinteressirten das Vermögen des Kriegsgefangenen an sich nehmen und es in seinem Interesse verwalten sollten. Ein solches Ansichnehmen des Vermögens konnte von einer contrectatio rei fraudulosa, wie sie beim furtum vorlag wohl unterschieden werden. Wer sich in dieser Weise im Besitz des Vermögens befand, der war faktisch immer der Nächste zur Anstellung der Klage ex lege Hostilia, und es war seine Schuld, wenn ihm ein anderer zuvorkam.

Einfacher stellt sich das Verhältniss wiederum bei der Diebstahlsklage namens derjenigen, deren tutor in Kriegsgefangenschaft gerathen war. Mochte hier immerhin auch schon in älterer Zeit durch einen tutor Atilianus (cf. Gaius I. § 187) Hülfe geschafft werden, so war doch speciell bei einem furtum momentane Hilfe nöthig, die, wenn ein solcher tutor noch nicht bestellt war, ohne die actio furti ex lege Hostilia versagt geblieben wäre.

Fragt man sich nun, in welcher Weise man sich dieses gesammte durch die lex Hostilia eingeführte alieno nomine agere zu denken hat, so ist soviel sicher, dass diese Klagen in allen Fällen so angelegt sein mussten, dass der vertretende Popularkläger das Geld von dem Dieb eintreiben, beziehungsweise den Dieb als Schuldknecht, (oder bei der actio furti manifesti als Sklaven [?]), in Anspruch nehmen konnte. — Ein Zahlungsempfang für den Abwesenden, das Entstehen einer Schuldknechtschaft oder des Eigenthums am Dieb für diesen, wäre, besonders beim Kriegsgefangenen, unmöglich gewesen.

Vor allem aber war ein Verfügungsrecht des die Klage anstellenden Vertreters, in der Weise, dass der Dieb sich mit ihm abfinden konnte, dringend geboten, da die ganze Struktur der Diebstahlsklagen eine solche war, dass der Dieb zur Einigung mit dem Bestohlenen genöthigt werden sollte. — So ist denn nach dem oben in § 4 (S. 26) Ausgeführten mit aller Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass innerhalb des Processes ein Uebergang der Forderung auf den Popularkläger stattfand. Das Wahrscheinlichste ist, dass die lex Hostilia ein dare oportere oder pro fure damnum decidere oportere gegenüber dem, der zuerst Klage angestellt oder gegenüber dem, der zuerst die in jus vocatio vorgenommen hat, festsetzte, so dass mit dem betreffenden Akt die Novation mit Gläubigerwechsel sich vollzog.

Auf den Streit, welche Legisaktionsformen bei den verschiedenen actiones furti zur Anwendung gekommen sind, ist hier im näheren nicht einzugehen.

Nach dem in Paragraph 4 Ausgeführten würden sowohl die Formen der legis actio sacramento als diejenigen der legis actio per manus injectionem die Möglichkeit, dass eine solche Novation, wie sie erforderlich, innerhalb der entscheidenden Parteisprüche selbst zum Ausdruck kam, zulassen. Nimmt man also mit der herrschenden Ansicht an, dass die actio furti manifesti eine, möglicherweise mit criminalrechtlichen Elementen durchsetzte, manus injectio, die actio furti nec manifesti, bei welcher der Diebstahl erst im ordentlichen Verfahren festgestellt werden musste, eine legis actio sacramento war, welcher dann eine manus injectio nachfolgte, so könnten die Spruchformeln etwa folgendermassen gelautet haben:

Im Fall der actio furti manifesti:

> quod tu L. Titio furtum fecisti paterae aureae neque pro fure damnum (sc. mecum) decidisti, ob eam rem ego tibi manum injicio.

Es musste sich in diesem Fall der Uebergang der Forderung auf den Popularkläger schon vor der Vornahme der manus injectio mittelst Aussprechen der bezeichneten Worte vollzogen haben. Dem Dieb konnte die Möglichkeit, durch das pro fure damnum decidere die manus injectio abzuwenden, die ihm allgemein offen stand, nicht abgeschnitten sein. So lange aber keine bestimmte Person vorhanden war, deren Willen bei einer Abmachung

entscheidend sein konnte, wäre diese Möglichkeit ausgeschlossen gewesen.

Die Worte der legis actio sacramento bei der actio furti nec manifesti könnten entsprechend gelautet haben:

Quod tu L. Titio furtum fecisti paterae aureae, aio te (mecum) pro fure damnum decidere oportere.

Eine derartige Fassung wird nahe gelegt dadurch, dass GAIUS IV. 45 [1]) von einer intentio pro fure damnum decidi oportere spricht. — Dagegen steht der Annahme dieser Fassung der Spruchformel hindernd im Weg, eine Stelle bei CICERO de natura deorum III. 30, in welcher es heisst:

illa actio: ope consilioque tuo furtum aio factum esse.

Würde man übrigens auch eine dieser letztgenannten Stelle entsprechende Fassung der Spruchformel annehmen, nach welcher nur eine Feststellung der Thatsache des Diebstahls im Sacramentsprocess erfolgt wäre, so könnte sich auch daran die Entstehung einer Gläubigerschaft des Popularklägers knüpfen. Dass eine solche schon während des Sacramentsprocesses constituirt wurde, dafür spricht der schon in § 4 hervorgehobene Grund, den Schuldner möglichst bald in die Lage zu versetzen, durch Befriedigung des Gläubigers den weiteren Process abzuschneiden. — Selbstverständlich ist, dass die einmal angestellte Klage sämmtliche weiteren Klagen, auch die des rückkehrenden dominus (cf. l 41 D. de furtis 47, 2) ausschloss.

Die Wirkungen, welche zunächst für den Vertreter des Abwesenden eintraten, mussten nach dessen Rückkehr ihrem Resultat nach auf den Vertretenen übertragen werden, und es musste ein Mittel geben, den Vertreter zu dieser Uebertragung zu nöthigen. Es ist mit aller Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die lex Hostilia eine besondere Klage des dominus gegen den, der in seinem Namen processirte, eingeführt hat [2]).

Wenn auch nicht dem Namen so doch der Sache nach dürften in dieser Klage die Anfänge einer actio negotiorum gestorum directa zu suchen sein. Damit ist ein weiteres Zeugniss für den Zusammenhang der Entwickelung der negotiorum gestio mit der Entwickelung processualer Stellvertretung, auf den neuerdings

[1]) cf. auch GAIUS IV. 37.

[2]) Wenn die fictio legis Corneliae damals schon existirte, musste es auch eine Klage der Erben gegen den Kläger ex lege Hostilia geben.

WLASSAK in seiner verdienstvollen Schrift „zur Geschichte der negotiorum gestio“ hingewiesen hat, gegeben. Allerdings dürfte nach dem Gesagten die Ansicht WLASSAK's von dem rein prätorischen Ursprnng der negotiorum gestio zu modificiren sein.

3. Das agere pro libertate und verwandte Fälle der Stellvertretung.

a. § 8. Das agere pro libertate.

Das agere pro libertate bezieht sich auf den Process eines assertor, der beim Streit darüber, ob Jemand Freier oder Sklave einer bestimmten Person, des justus contradictor, sei[1]), zu Gunsten des angeblichen Sklaven eintrat.

Der Eintritt eines solchen assertor war nothwendig, weil nach einer bis in die älteste Zeit zurückreichenden Rechtsauffassung der Römer nicht ein und dieselbe Person Streitgegenstand und Processpartei sein konnte.

Wurde derjenige, über dessen status Streit war, dem contradictor zugesprochen, so hätte sich ja nachträglich herausgestellt, dass man den dominus mit seinem Sklaven habe processiren lassen[2]).

Wenn THEOPHILUS in seiner Paraphrase h. l. mit den Worten: „qui in possessione servitutis erat et in libertatem proclamabat per se judicium ingredi non poterat“ die Nothwendigkeit des Eintritts eines assertor auf den Fall der assertio in libertatem im engeren Sinn (gegenüber der petitio in servitutem) beschränken will, so ist dies zweifellos ein Irrthum.

Schon die von THEOPHILUS angeführte ratio legis: „ne ex eventu contingeret, ut servus cum domino litigaret“, spricht gegen solche Beschränkung. Ausserdem wird aber durch die c. 1 pr. C. de assertione tollenda 7, 14 ganz ausser Zweifel gestellt, dass, sogar bis auf JUSTINIAN, sowohl von Seiten dessen, qui

[1]) Dahingestellt bleibt, in wie weit die Frage ob Jemand Sklave oder Freier sei gegenüber von andern Personen als dem justus contradictor streitig werden konnte, und in welcher Weise dann die Entscheidung darüber erfolgte. cf. darüber BÜLOW: de praejudicialibus formulis (Breslau 1859) S. 44. PUCHTA, Institutionen § 221.

[2]) Derselbe Gedanke findet sich in dem neuentdeckten Stadtrecht von Gortyn. Zu vergl. „das Recht von Gortyn herausgegeben von FRARZ BÜCHELER und ERNST ZITELMANN, Frankfurt a. M. 1885. I. 14—15. S 17 u. S. 79.

adhuc serviens liberum se esse dixerit als von Seiten dessen, qui in libertate commorans ad servitutem vocatus fuerit, ein assertor gestellt wurde.

Der Process zwischen assertor und contradictor war, wie uns mehrfach überliefert ist, zur Zeit des Legisaktionenverfahrens und zwar auch wohl noch in der Zeit als jenes neben dem Formularprocess herging eine legis actio sacramento in rem.[1]).

Der assertor machte geltend das Persönlichkeitsrecht des asserendus, er war civilprocessualer Vertreter desselben. Ein solches Vertretungsverhältniss griff Platz, wie man sich auch des Näheren die Stellung des assertor, die Grundlage seiner Legitimation, denken mag. —

In der späteren Zeit konnten nur gewisse Personen ohne oder sogar gegen den Willen des angeblichen Sklaven die status controversia zu seinen Gunsten erheben[2]). Alle anderen Personen bedurften zu ihrer Legitimation der Einwilligung des asserendus. Dieser Unterschied reicht jedoch schwerlich in die Legisaktionenzeit zurück. Er erscheint als Folge einer detaillirteren Ausbildung des ganzen Rechtsinstituts in der späteren Zeit. — Im älteren Recht war wohl jeder römische Bürger als solcher zur Assertion befugt. Einen Anhaltspunkt für diese Gestaltung bietet die citirte Stelle aus der Rede CICERO's de domo (29 i. f.) wo es mit Beziehung auf den Fall der assertio in libertatem heisst: quotiescunque vellet quis — rem judicatam referre posse.

Das römische Bürgerrecht bildete — eventuell in Verbindung mit einer bestimmten persönlichen Beziehung zum asserendus oder mit der Einwilligung desselben — den Legitimationsgrund, um auf Grund der fremden Rechtsbeziehung zu processiren und gewisse Wirkungen für den Vertretenen, unter Umständen auch gegen dessen Willen, herbeizuführen. Von derselben Auffassung geht BRUNS in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 402 aus, wenn er von einem popularen Recht zur Geltendmachung fremden Rechtes spricht. — Dass die Römer selbst den assertor als einen Vertreter des asserendus ansahen, scheint auch daraus

---

[1]) CICERO pro CAECINA c. 33, de domo c. 29. i. f. LIVIUS III c. 44 ff. l. 1 § 24 D. de origine juris. Bewiesen wird dies auch durch die Formen der manumissio vindicta.

[2]) cf. l. 1—6 D. de liberali causa 40, 12.

hervorzugehen, dass in den fr. Vat. § 324 derselbe mit dem cognitor zusammengestellt ist.

Entschieden irrig ist es, wegen des eigenen Interesses der betreffenden Personen an dem herbeizuführenden Resultate die Qualität des Processirens als Führung einer fremden Sache und damit die Qualität als eines stellvertretenden Processirens zu leugnen. Das Interesse des asserendus, für den die einschneidendsten Wirkungen eintreten, steht so sehr im Vordergrund, dass eine Verkennung dieser Thatsache kaum zu begreifen ist[1]).

Möglicherweise hätte man bezüglich des parens, der die potestas über den angeblichen Sklaven in Anspruch nimmt, eine Ausnahme zu machen. Es wäre denkbar, dass hier die Römer von der Vorstellung ausgegangen wären, der Vater verfolge sein eigenes ihm an der Person des Sohnes zustehendes Recht und dass für diesen Fall ein besonderes vom sonstigen Assertionsprocess abweichendes Verfahren ausgebildet worden wäre. Ein positiver Anhalt ist für diese Hypothese nicht gegeben. Insbesondere lässt sich aus den Worten der l. 1 pr. D. de lib. causa 40,12: parenti qui dicat filium in sua potestate esse, noch nicht auf eine Parteibehauptung im Sacramentsprocess: hunc ego filium in mea potestate esse aio, schliessen. Ebenfalls eine Sonderstellung wäre nach der Ansicht LEIST's (de jure patronatus in GLÜCK's Pandekten Buch 37 und 38 Bd. V S. 149) dem Patron, welcher de libertate seines Freigelassenen litigirt, einzuräumen. Auch er würde nach dieser Ansicht sein Patronatrecht vindikationsweise geltend gemacht haben.

Prüfen wir die nähere Gestaltung des Freiheitsprocesses, so musste zweifellos ein Unterschied bestehen, je nachdem der asserendus im Zustande der Sklaverei oder der Freiheit sich befand. Diese Frage selbst mochte bei den einfachen Verhältnissen der älteren Zeit leicht zu entscheiden sein. Befand sich derjenige, über dessen status gestritten wurde, im Besitz der Freiheit, so hatte der contradictor seine, im Sacramentsprocess zuerst aufzustellende,

---

[1]) Wenn HUSCHKE in seiner Multa (S. 460) davon ausgehend, dass jeder römische Bürger kraft seines Bürgerrechts zur Assertion befugt gewesen sei, annimmt, derselbe habe als processualer Vertreter des populus Romanus gehandelt, sein Processiren falle also unter das pro populo agere der Institutionenstelle, so hat diese Construktion ihren Grund in der durch STUDEMUND beseitigten HUSCHKE'schen Lesart von GAIUS. IV, 82.

Behauptung: „hunc ego servum meum esse aio“ zu beweisen, andernfalls der assertor die Behauptung: „hunc ego liberum esse aio“. Fiel der Beweispflichtige mit seinem Beweis in irgend einem Stücke durch, so war der alte Zustand wiederherzustellen [1]).

Was den in jure geltend zu machenden Widerspruch gegen die Angriffsbehauptung des Gegners betrifft, so musste bei der assertio in libertatem der Widersprechende als justus contradictor sich legitimiren. Ebenso musste bei der petitio in servitutem aus dem Widerspruch des assertor hervorgehen, dass es sich um Freiheitsprocess, nicht um Eigenthumsstreit handelte. — Wie solches technisch bewerkstelligt werden konnte, ob der Widersprechende kontravindicirte oder nicht, worauf im Fall einer Kontravindikation die sacramenta hätten abgestellt werden können (etwa auf das injuria vindicare des Gegners?) darauf ist hier nicht näher einzugehen [2]). Die Möglichkeiten, das Verhältniss auch ohne Kontravindikation zum richtigen Ausdruck zu bringen, sowie die Möglichkeiten, trotz der Kontravindikation zur schliesslichen Abstellung des Streits auf einen kontradiktorischen Gegensatz zu gelangen, sind mannigfaltig.

Wenn wir die Wirkungen des Processirens des assertor betrachten, so bestehen schon bezüglich der negativen Wirkungen Zweifel. Nach CICERO de domo cap. 29. i. f. scheint im älteren Recht jede negative Wirkung gegen den asserendus ausgeschlossen gewesen zu sein, während die l. 25 § 1 D. de lib. causa 40, 12 [3]), von den gewöhnlichen Grundsätzen über exceptio rei judicatae

---

[1]) Für diese Vertheilung der Beweislast hat sich neuestens auch wieder BEKKER in der Zeitschrift der Sav.-Stiftung Bd. 5, rom. Abth., S. 152 ausgesprochen. Eine Modification nimmt ZITELMANN, Recht von Gortyn S. 87, N. 33 für den Fall an, dass der assertor zwar nicht das liberum esse, wohl aber das servum Ni Ni non esse des asserendus nachgewiesen habe. Hier habe N. N., um den Besitz wieder zu erlangen, den Gegenbeweis seines dominium erbringen müssen. — Nicht hierher gehört die Frage in welcher Reihenfolge, namentlich in älterer Zeit, Beweis und Gegenbeweis vorgebracht wurden. (cf. ZITELMANN eod. loco Z. 4.)

[2]) Ueber diese Frage ist zu vergl. LOTMAR „kritische Studien in Sachen der Kontravindikation“ und „zur legis actio sacramento“, auch DEMELIUS „confessio“ § 4 S. 65—75; neuestens ZITELMANN, Recht von Gortyn S. 86 und 87.

[3]) cf. l. 25 § 1 D. de lib. causa 40, 12: GAIUS ad edictum praetoris urbani titulo de liberali causa: Interdum ex integro datur ad libertatem proclamatio, veluti ejus, qui adfirmat ideo se primo judicio victum, quod statuta libertas nondum ei optigerat, quam nunc dicit sibi optigisse.

auszugehen scheint. Möglich ist, dass eine förmliche Rechtsänderung in dieser Beziehung Platz griff, wahrscheinlicher jedoch, dass zu CICERO's Zeit noch gar keine so festen Regeln über die Behandlung der exceptio rei judicatae in diesem Fall existirten und dass der Ausspruch CICERO's als rhetorische Uebertreibung zu betrachten ist.

Hätte zu CICERO's Zeit jener Satz gegolten, so wäre dies aus dem favor libertatis zu erklären.

Die positiven Wirkungen bestanden wesentlich in der Durchsetzung des dem Klagpetitum entsprechenden Zustandes. Diese Wirkung betraf unmittelbar die Person des asserendus, sie konnte nur für ihn und zwar direkt für ihn eintreten.

Die ihm günstige Wirkung, die Herbeiführung des Zustandes der Freiheit, erfolgte im Voraus durch die Vindicienertheilung secundum libertatem. Ein weiteres Executionsverfahren nach dem richterlichen Endurtheil war desshalb überflüssig. — Der für frei Erklärte konnte jeden Angriff auf seine Persönlichkeit durch die allgemein zutreffenden Klagen abweisen. Ausserdem bot ihm Schutz die lex Fabia de plagiariis. — Dass bei solchen Processen der Gegner jedenfalls faktisch mit der Behauptung, Kläger sei sein Sklave, ausgeschlossen war, ist, wenn wir auch keine fest präcisirten Feststellungswirkungen für das ältere Recht annehmen, als sicher zu Grunde zu legen. — Wie die Vindicienertheilung selbst erzwungen wurde, wenn der asserendus bisher im Zustand der Sklaverei sich befunden hatte, und der dominus ihn nicht freigeben wollte, ist zweifelhaft. Ein Widerstand des dominus in jure war zwar sicherlich ausgeschlossen und wäre eventuell durch den lictor beseitigt worden [1]). Welche Maassregeln gab es aber, um die Gestellung des Streitobjektes vor Gericht zu erzwingen? In dieser Beziehung ist indirekter Zwang durch Multirung, Pfändung, missio in bona, wie direkter denkbar [2]). Gegen einen Angriff auf den durch die Vindicienertheilung herbeigeführten Zustand schützten wohl Strafen und wiederum zwangsmässiges Einschreiten des Prätors.

Die Hauptwirkung des für den contradictor günstigen Urtheils bestand zunächst in der Freigebung seiner Selbsthilfe. Um den Widerstand des Sklaven selbst zu brechen, mochte die Eigenmacht

---

[1]) Man vergl. das Vorgehen des Decemvirs APPIUS CLAUDIUS bei LIVIUS III. c. 48: lictor submove turbam et da viam domino ad prendendum mancipium.

[2]) cf. BETHMANN-HOLLWEG II. 2 § 114 S. 666. ZITELMANN, Recht von Gortyn 2. Th. I. Kap. IV. N. 54.

des dominus für die Regel ausreichen, nöthigenfalls konnte wohl die Hilfe der Staatsgewalt in Anspruch genommen werden. Gegen den Widerstand dritter Personen, also auch des assertor, war man durch Strafklagen, Injurienklage, eventuell sogar actio furti, gesichert.

Gegen einen vor dem Decemviralgericht oder vor dem praetor erfolgenden thätlichen Widerstand wäre wohl ebenfalls die Anwendung direkten staatlichen Zwangs möglich gewesen.

Wenn nun demnach die Hauptwirkung des Processes immer für und gegen den Vertretenen eintrat, so war doch möglich, dass in Folge des Processes auch gewisse Wirkungen für den assertor entstanden. Mit dem Streitbeginn übernahm der assertor gewisse Verpflichtungen gegen den dominus. Diese waren jedenfalls einmal negativer Art. Der assertor durfte nicht durch Kollusion mit dem Sklaven den dominus um sein Eigenthum bringen. In diesem Fall musste er zweifellos für den Werth des Sklaven aufkommen, wie sich annehmen lässt, auf Grund eines bei der Vindicienertheilung abzugebenden Versprechens. Wahrscheinlich ist, dass er auch positive Verpflichtungen übernahm und zwar sowohl zur Gestellung des asserendus bei den einzelnen Verhandlungen, als zur Gestellung desselben nach ergangenem für den contradictor günstigem Urtheil, und dass er dem contradictor für den Fall der Versäumung dieser Pflichten für das Interesse haftete, das sich eventuell bis zum Werth des Sklaven, möglicherweise sogar darüber hinaus steigern konnte[1]). Ob ihn dabei der Beweis, dass es ihm ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei den Sklaven zu stellen, von der Haftung befreite, oder ob es schon genügte, wenn er nachwies, dass er selbst nicht dolos gehandelt habe, muss dahingestellt bleiben, ebenso welche Mittel eventuell dem assertor zu Gebot standen, ein Entweichen des Sklaven zu verhindern. Diese Haftung wurde wohl durch das praedes dare litis et vindiciarum vermittelt.

Eine weitere Wirkung, welche für den assertor eintreten konnte, bezog sich auf das Vermögen des asserendus. Es ist bekannt, dass in späterer Zeit innerhalb des liberale judicium auch darüber entschieden wurde; der Natur der Sache nach war von Alters her eine Entscheidung darüber erforderlich.

---

[1]) Bei dieser Haftung mochte unter Umständen auch eine Berechnung der fructus des Sklaven von seinen operae in der Zwischenzeit nothwendig sein. cf. die Inscr. der l. 36 D. de lib. causa 40, 12 und der l. 4 D. de op. serv. 7, 7 (dazu auch Lenel ed. perp. S. 308).

Dieses Vermögen, das im Fall der petitio in servitutem in dem bestand, was der angebliche Sklave in seinem Besitz hatte, im Fall der assertio in libertatem möglicherweise in einem irgendwie zu berechnenden peculium[1]), kam, wie aus l. 1 § 1 C de assert. toll. 7, 17 hervorzugehen scheint[2]), in den Gewahrsam des assertor, mindestens im Fall der petitio in servitutem, und musste von ihm im Fall des Unterliegens herausgegeben werden. Der contradictor dürfte auch hier die Wahl gehabt haben, direkt die Herausgabe zu erzwingen, oder von dem assertor bezw. seinen Präden Schadensersatz zu verlangen.

Alle die genannten Wirkungen, welche sich in dieser Weise gegen den assertor richteten, waren nicht die wesentlichen Wirkungen des Processes, sondern es waren Wirkungen, welche sich an die Verletzung besonderer mit dem Processbeginn übernommener Pflichten knüpften. Die Stellvertretung beim Assertionsprocess ist desshalb als eine direkte zu bezeichnen.

Ebenfalls für den assertor trat eine Nebenwirkung ein, der Verlust der Sacramentssumme im Fall seines Unterliegens. Diesen Verlust konnte er nicht abwälzen, da der asserendus betreffenden Falls ohne Vermögen war und der assertor, wenn er das sacramentum aus dem beim Streitbeginn in seinen Gewahrsam gebrachten Vermögen entnommen hätte, dem dominus zum Ersatz verpflichtet gewesen wäre.

An dieses agere pro libertate schloss sich wohl, obgleich die Institutionenstelle dieses Falls keine Erwähnung thut, eine Vertretung des angeblichen filius familias gegen die Vindikation des seine patria potestas geltend machenden Vaters an. — Die in der l. 1 § 2 D de rei vind. 6, 1 genannte Vindikationsklage scheint offenbar älteren Ursprungs zu sein und es ist sehr wahrscheinlich, dass auch in einem solchen Process nicht ein und die-

---

[1]) In der späteren Zeit wurde dies durch ein Senatsconsult normirt. cf. l. 32 D. de lib. causa 40, 12.

[2]) Imp. Justinianus A. Menae pp.: Super peculio etiam eorum vel aliis rebus aut causis veterem defensoris observationem tollimus, praecipientes, illorum tantummodo peculia, qui ex possessione servitutis super libera conditione litigant, aliasque res quae vindicantur in tuto pro dispositione judicis collocari.

selbe Person Streitobjekt und Processpartei sein konnte[1]). Des Näheren hätte man sich diesen Process, abgesehen vielleicht von den vindiciae secundum libertatem, dem liberale judicium entsprechend zu denken.

Ob es auch eine entsprechende Vindikation des Patronats gegen den Liberten selbst gegeben hat, wie LEIST (GLÜCK Buch 37 und 38 Bd. V S. 149) anzunehmen scheint, und ob bei solchem Process an eine Vertretung des Liberten zu denken wäre, lässt sich nicht mehr feststellen. Das praejudicium über Libertinität und Ingenuität war zweifellos späteren Ursprungs.

b. § 9. Der Process mit dem vindex bei der manus injectio.

Anschliessend an das pro libertate agere ist ein weiterer Fall processualer Vertretung, der Process des vindex für den prensus bei der manus injectio pro judicato zu betrachten.

Dass wir hier einen Fall processualer Vertretung vor uns haben, unterliegt keinem Zweifel. Mag man sich den Process des vindex denken wie man will, jedenfalls liegt von Haus aus und zwar innerhalb des Processes eine Rechtsbeziehung des prensus gegenüber den Injicienten vor, wenn diese innerhalb des Processes vom vindex übernommen werden sollte, und jedenfalls treten die Wirkungen des Processes, mindestens der schliessliche ökonomische Erfolg, für die Person des prensus ein.

Im Anschluss an das pro libertate agere ist dieser Fall der Vertretung darzustellen, weil die Nothwendigkeit der Vertretung hier auf demselben Grund wie bei jenem Process beruht. Da nämlich mit der manus injectio ein Recht an der Person des prensus geltend gemacht wird, würde dieser, wenn er selbst jenes Recht, sei es direkt oder indirekt, bestreiten wollte, Streitobjekt und Processpartei in einer Person sein.

Die Frage, wie man sich diesen Process zu denken hat, ist sehr bestritten. Die herrschende Ansicht, welche namentlich von KELLER, PUCHTA, BETHMANN-HOLLWEG, RUDORFF in ihren Lehrbüchern des römischen Civilprocesses und der römischen Rechtsgeschichte, ferner von HUSCHKE in seinem Nexum und in seiner

---

[1]) cf. l. 3 § 3 D. de lib. exh. 43. 30.

Multa, von BEKKER in seinen Aktionen, von DEMELIUS in seiner „confessio", endlich von VOIGT in seinem Zwölftafelrecht, wenn wir ihn richtig verstehen, vertreten wird[1]), nimmt an, dass der vindex durch sein Eintreten irgendwie die Schuld des prensus, sei es in ihrem einfachen oder doppelten Betrag übernahm und dass sich von nun an der Streit darum drehte, ob der vindex dem Injicienten die Schuldsumme resp. das duplum derselben entrichten müsse.

Der Process wird von den meisten gedacht als legis actio sacramento in personam über die nunmehrige Schuld des vindex, bei welcher der vindex die Stellung des Beklagten eingenommen habe[2]). Die Abwälzung der Wirkung auf den prensus erfolgte nach der Ansicht der meisten Schriftsteller dadurch, dass sich der vindex zum voraus durch ein nexum sicherte.

Dieser Ansicht gegenüber hat UNGER im siebenten Bande der Zeitschrift für Rechtsgeschichte S. 192 ff. die Meinung aufgestellt, dass der vindex das jus ducendi des manum injiciens bestritten habe und in keiner Weise zur Bezahlung des Schuldbetrags verpflichtet worden sei. Dagegen sei der prensus, weil er durch Stellung eines vindex die Execution verzögert habe, auf das Doppelte verhaftet worden. Als Processform wird legis actio sacramento in rem angenommen.

Die herrschende Ansicht führt zwar nicht zu einem unmöglichen, aber doch zu einem höchst unwahrscheinlichen Resultate. Annehmbar ist sie nur bei Zugrundelegung einer Litiscrescenz, bei einer Haftung des vindex für das duplum. Allein auch wenn man eine solche annimmt, bleibt es doch eine höchst künstliche Erfindung beim Executivprocess einen Rechtsstreit nur in der Weise zuzulassen, dass für den ursprünglichen Schuldner ein anderer eintritt. Welches Motiv konnte man denn haben, Libe-

---

[1]) KELLER, Civilproc. § 19. PUCHTA, Institut. (8. Aufl.) I S. 476. BETHMANN-HOLLWEG, röm. Civilproc. I. S. 197. RUDORFF, röm. Rechtsgeschichte II. § 17. N. 5. (cf. auch Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft XIV. S. 317 ff.) HUSCHKE, Nexum S. 95, 96. Multa S. 399, 457; BEKKER, Aktionen I. S. 38, 29. DEMELIUS, „confessio" S. 55, 56. VOIGT, Zwölftafelrecht Bd. I § 58 S. 575 ff. Bd. II. § 153. S. 661 Text zu N. 13.

[2]) Ueber die abweichende, übrigens mit seiner sonstigen Auffassung nicht übereinstimmende Ansicht RUDORFF's, welcher an eine Geltendmachung der dem prensus verbliebenen libertas denkt, siehe die treffende Kritik UNGER's in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. Bd. 7, S. 197, 198.

ration des ursprünglichen Schuldners eintreten zu lassen? Wollte man den Schuldner unter die Controlle seiner Freunde und Verwandte stellen [1]) und zugleich den Gläubiger für die Nothwendigkeit zu processiren entschädigen, so konnte man ja Verhaftung des Schuldners auf das duplum und Bürgschaft, sei es des vindex, sei es anderer Personen anordnen. — Oder sollte etwa die Scheu ein a. n. a. zuzulassen zu dieser Gestaltung geführt haben? Dass dieser Grund nicht von ausschlaggebender Bedeutung sein konnte, dürfte aus den Ausführungen in § 3 (S. 20 u. 21) hervorgehen. Für die Behauptung des vindex: „nego tibi jus esse ducendi Lucium Titium" hätte man in dem „hunc ego liberum esse ex jure Quiritium" ein unmittelbares Vorbild gehabt. Auch bei der VOIGT'schen Fassung [2]): quam ob rem jus non fuit, ita contra Lucium Titium judicari, (sc. ego tibi manum depello [?]) würde man noch Anschluss an den Freiheitsprocess haben.

Man bedenke, dass dem alten Executivverfahren der Gedanke zu Grunde lag, der Gläubiger solle sich rächen dürfen an dem Schuldner, der ihn um das Seinige bringt. Wie konnte man da dem Gläubiger zumuthen, von seinem ursprünglichen Schuldner abzulassen und einen anderen dafür zu nehmen, der vielleicht ebenfalls nicht zahlen wollte oder auch — man denke an den Fall eines für den proletarius eintretenden proletarius — nicht zahlen konnte. Wenn ein Dritter Zahlung leistete, so konnte es dem Gläubiger gleichgiltig sein, von wem das Geld kam. Daraus lässt sich aber nicht auf die Möglichkeit einer Intercession schliessen. Wenn man später im Formularprocess zu der Gestaltung kam, dass sich der Gläubiger, übrigens nur gegen Sicherstellung, den Eintritt eines defensor in die Schuld und unter Bestreitung derselben gefallen lassen musste, so waren es besondere, weiter unten noch näher darzulegende Gründe, welche dazu führten [3]). Im übrigen finden wir eine Schuldübernahme ohne Einwilligung des Gläubigers im römischen Recht nicht.

Was von positivem Beweismaterial für die herrschende Ansicht angeführt wird, ist nicht stichhaltig.

---

[1]) IHERING, Geist des r. Rs. Bd. I. S. 153.

[2]) VOIGT, das Zwölftafelrecht Bd. II. S. 662.

[3]) cf. u. § 15.

Nicht recht verständlich ist, wie man aus dem fr. 3 der tab. III[1]) der XII Tafeln ein Argument für die Liberation des prensus durch das Auftreten des vindex soll entnehmen können[2]). Allerdings wird durch das in jure vim dicere die Duction ausgeschlossen, aber eben nur vorläufig. Von einer definitiven Befreiung ist entfernt nicht die Rede. — Ebensowenig spricht der Satz „bis de eadem re ne sit actio“ gegen die Fortdauer der Haftung des prensus. Die Durchführung der Execution gegen den prensus nach Beendigung des Processes mit dem vindex war kein iterum agere de eadem re. Dass der Gläubiger nochmals die Worte aussprach: „quod tu mihi judicatus (oder damnatus) es HS X milia, ob eam rem ego tibi manum injicio, ist gar nicht nothwendig anzunehmen. — Endlich lassen sich auch die Worte der neuen Erztafel von Osuna in cap. 61: „si quis in eo (sc. prenso) vim facit, ast ejus vincitur, dupli damnas esto“ etc. nicht für die herrschende Ansicht anführen. Es ist von **Exner in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13. S. 394 ff.** in überzeugender Weise nachgewiesen worden, dass die Mommsen'sche Ansicht: derjenige, qui in eo vim facit, sei dieselbe Person wie der, qui endo eo vim dicit, in den XII Tafeln, unhaltbar ist. Es genügt, in dieser Beziehung auf die Ausführungen Exner's zu verweisen. Bei der richtigen, ebenfalls von Exner dargelegten Auslegung, nach welcher der „qui in eo vim facit, eine Person ist, welche eigenmächtig und gewaltsam die Execution zu verhindern sucht, kann von einer Beweiskraft der Stelle für die hier behandelte Frage gar keine Rede sein.

Was die Zwölftafelworte: „assiduo vindex assiduus esto“ betrifft, so ist allerdings durch die in jener Tafel von Osuna unmittelbar vorausgehenden Worte nachgewiesen, dass sie sich jedenfalls mit auf den vindex bei der manus injectio beziehen, dass also ein gewisses Verhältniss zwischen dem Vermögensstand des prensus und dem des vindex Platz greifen musste. Daraus auf eine Schuldübernahme seitens des vindex schliessen zu wollen ist jedoch sehr übereilt, da irgendwelche accessorische, eventuelle, oder cumulative Haftung desselben die Bestimmung ebensogut erklären würde.

---

[1]) fr. 3 der tab. III: Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito etc.

[2]) Demelius, confessio S. 56 zu N. 1 und 2.

Entscheidend scheint uns das zuletzt citirte Zwölftafelfragment gegen die UNGER'sche Ansicht zu sprechen. Wäre die Haftung des vindex auf die Sacramentssumme beschränkt gewesen, so wäre die Bestimmung nicht zu erklären. Dass dieselbe auch sonst in Fällen gegolten habe, „wo von persönlicher Verantwortlichkeit des vindex gar keine Rede sein konnte", so beim vindex alienae libertatis [1]), ist eine durch nichts unterstützte Behauptung. Für den „vindex alienae libertatis", bei dem übrigens, wie wir gesehen haben, allerdings auch „von einer persönlichen Verantwortlichkeit die Rede sein konnte", dürfte jene Bestimmung gar nicht zu verwenden gewesen sein.

Gegen die UNGER'sche Ansicht spricht ausserdem, dass wenn der prensus in Folge des Eintretens des vindex auf das duplum haftbar werden sollte, dieses Eintreten von seinem Willen abhängig sein musste. Dagegen scheint aber die Fassung des Zwölftafelfragments 3 der tab. III zu sprechen.

Bei dieser Sachlage muss eine Ansicht sehr plausibel erscheinen, welche von IHERING in seinem Geist des römischen Rechts Bd. I. S. 132 und 153, noch deutlicher in seinem Aufsatz „Arm und Reich im römischen Civilprocess" (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz S. 182) aufgestellt ist. Diese Ansicht führt zu einem einfachen, klaren Resultat und steht in Einklang mit dem Geist des älteren Rechts. Nach ihr äussert sich die Hauptwirkung des Processes für den prensus. Seine Schuld wird, — und zwar nunmehr wohl definitiv — festgestellt, er ist dem Ductionsrecht des Gläubigers, dem er verhaftet bleibt, unterworfen. Eine weitere Wirkung, welche sich als Processstrafe charakterisirt, tritt für den vindex ein, der im Fall seines Unterliegens, weil er die Execution widerrechtlich aufgehalten hat, ein alterum tantum an den Gläubiger entrichten musste.

Voraussetzung für die Richtigkeit der IHERING'schen Ansicht ist ein gewisser Zusammenhang zwischen manus injectio mit vindex und der späteren Litiscrescenz. Sie wäre unhaltbar, sobald sich Fälle der manus injectio pro judicato nachweisen liessen, in denen keine Litiscrescenz Platz gegriffen hätte. Dies ist nicht der Fall:

Wenn GAIUS IV §§ 9 und 171 und PAULUS rec. sent. I. 19 § 1 unter den Fällen, in welchen Litiscrescenz eintrat, gewisse

---

[1]) UNGER l. c. Anm. 4.

Fälle, in denen früher manus injectio pro judicato gegeben war, so die Klage aus der lex Furia de sponsu, nicht erwähnen, so kann dies seinen Grund sehr wohl darin haben, dass diese Klagen zur Zeit der genannten Schriftsteller nicht mehr in praktischer Geltung waren. Dass es späterhin noch weitere Fälle der Litiscrescenz gab, in denen ursprünglich keine manus injectio Platz gegriffen hatte, ist für die vorliegende Frage vollkommen irrelevant. Ebenso bleibt die Frage, ob Litiscrescenz in den Fällen der manus injectio pura Platz griff, vollkommen ausser Betracht.

Ebenfalls möglich wäre die Annahme einer Bürgschaftshaftung des vindex neben fortdauernder Haftung des prensus. Eine solche accessorische Haftung sind wir sogar geneigt mit der cumulativen Haftung, wie sie nach IHERING Platz griffe, zu combiniren. Dafür, dass der vindex auch für die Schuld des prensus als Bürge haftete, sprechen sowohl Gründe, welche in der Natur der Sache liegen, als eine positive Quellennachricht. Der Gläubiger wurde durch solche Haftung gegen etwaige Nachtheile, die ihm durch weiteren Vermögensverfall des Schuldners drohten — an die Möglichkeit einer Flucht des letzteren ist in der älteren Zeit wohl kaum zu denken — gesichert. — Von u. E. entscheidender Bedeutung ist der § 25 im 4. Buch des GAIUS[1]). Dort heisst es, nachdem davon die Rede war, dass bei der actio judicati und depensi auch nach der lex Vallia ein vindex nöthig war, desshalb müsse auch zur Zeit des GAIUS bei diesen Klagen seitens des Beklagten satisdatio judicatum solvi erfolgen. Was lässt sich daraus anderes schliessen, als dass früher der vindex die Stellung eines Bürgen eingenommen hatte? Ob der vindex seinerseits Bürgen stellen musste, wie RUDORFF annimmt, oder nicht, mag dahingestellt bleiben. Wenn GAIUS l. c. daran gedacht hätte, würde er sich anders ausgedrückt haben.

Geht man einmal von der Fortdauer der Haftung des prensus aus und lässt die Hauptwirkung des Processes für ihn eintreten, so musste sich der Streit mit dem vindex in irgendwelcher Weise, sei es direkt oder indirekt um die Schuld des prensus drehen.

---

[1]) GAIUS IV. 25: itaque judicatus et is, pro quo depensum est, etiam post hanc legem (sc. Valliam) vindicem dare debebant, et nisi darent, domum ducebantur, istaque quamdiu legis actiones in usu erant semper ita observabantur; unde nostris temporibus is, cum quo judicati depensive agitur, judicatum solvi satisdare cogitur.

In welcher Form dies geschah, ob in Form eines Streits über das jus ductionis, ob speciell vermittelst einer legis actio sacramento, in rem oder in personam, oder vermittelst einer legis actio per judicis postulationem, wie sich VOIGT (l. c.) seine actio revocatoria denkt, ist von nebensächlicher Bedeutung.

Das Wahrscheinlichste bleibt immer noch ein Streit über das Ductionsrecht. — Möglicherweise dürfte man eine Stelle bei VALERIUS MAXIMUS VI, 5, 4 hierher zu beziehen haben, nach welcher das collegium tribunorum gegenüber einem tribunus, der fiducia sacrosanctae potestatis seine Gläubiger nicht befriedigt, beschliesst: si neque solveret pecuniam neque daret cum quo sponsio fieret, appellantibus se creditoribus auxilio futurum. Man hätte dann, mindestens für die spätere Zeit, Sponsionsprocess anzunehmen [1]). Es ist aber durchaus nicht sicher, dass derjenige, cum quo sponsio fieret, ein vindex gewesen sein muss. Die Stellung eines Vertreters konnte auch wegen der sacrosancta potestas des Tribuns nothwendig sein.

In allen Fällen liegt eine wirkliche direkte Stellvertretung vor, wenn auch einzelne Wirkungen des Processes, wie die Verpflichtung auf das alterum tantum, eventuell auch noch der Verlust eines sacramentum für den vindex eintraten. Die Abwälzung dieser Wirkungen auf den Vertretenen mag gewöhnlich in der Weise erfolgt sein, dass der vindex sich zum Voraus Deckung verschaffte. — Was die negativen Wirkungen betrifft, so ist wohl deren Eintritt für den Vertretenen anzunehmen.

Dass dieser Fall der Vertretung, den auch die Römer zweifellos als solchen, als ein a. n. a., betrachten mussten [2]), nicht in der Institutionenstelle erwähnt ist, ist leicht erklärlich. Zur Zeit der Institutionenverfasser war die manus injectio pro judicato ein vollkommen antiquirtes Rechtsinstitut, so dass ein kurzer Verweis auf dieselbe an unserer Stelle gar kein Verständniss gefunden hätte. Aus diesem Grund konnten sich die Institutionenverfasser sehr wohl veranlasst sehen, diesen Fall, auch wenn er in der von ihnen benutzten Quelle aufgeführt war, zu streichen.

---

[1]) Daran scheint BEKKER, Akt. I S. 263 zu denken.

[2]) cf. GAIUS IV. 21: vindicem qui pro se causam agere solebat. Dass das pro se auf den prensus sich bezieht und nicht, was grammatikalisch auch möglich wäre, auf den vindex, geht aus dem Zusammenhang deutlich hervor.

cf. BOËTHIUS zu CICERO top. 2. 10. „Vindex igitur est, qui alterius causam suscipit vindicandam, velut quos nunc procuratores vocamus."

4. Das agere pro populo und die Vertretung juristischer Personen.

a. § 10. Das agere pro populo.

Die erheblichsten Schwierigkeiten bereitet die Beantwortung der Frage, in welchen Fällen und in welchem Sinn eine civilprocessuale Vertretung des populus Romanus Platz gegriffen hat.

Da die diesbezüglichen Untersuchungen weit übergreifen müssen auf ein besonderes, vielfach bearbeitetes und ein ausgedehntes Quellenmaterial umfassendes Gebiet, welches von den sonstigen hier zu behandelnden Fragen ziemlich fern abliegt, so mag es gestattet sein, an dieser Stelle nur ein kurzes Resumé der hierhergehörigen Resultate unter Vorbehalt späterer genauerer Begründung zu geben.

Auszugehen ist davon, dass die Römer sich gegen die Anerkennung vermögensrechtlicher Beziehungen der organisirten Gesammtheit von vornherein nicht verschliessen konnten, dass aber der normale Schutz dieser vermögensrechtlichen Beziehungen wie in späterer Zeit so auch zur Zeit des Legisaktionenprocesses durch eine Administrativcognition der Beamten erfolgte, bei welcher diese die Interessen der Gesammtheit von sich aus in vollem Maasse wahrnahmen, von einer Vertretung des populus durch eine in Parteistellung befindliche Person also keine Rede sein konnte.

Daneben bediente man sich in umfassender Weise des Mittels an Stelle von Rechtsbeziehungen des populus Rechtsbeziehungen von Privatpersonen treten zu lassen, die sodann auf dem Weg des gewöhnlichen Civilprocesses geschützt wurden.

Was die Geltendmachung von Rechtsbeziehungen des populus durch einen Vertreter, im Civilprocess, betrifft, so haben wir, sowohl nach Lage der Quellen als aus sachlichen Gründen nur an zwei Stellen sicheren Anhalt, eine solche anzunehmen, und zwar einmal beim Schutz der res publicae publico usui destinatae und zweitens bei der Einklagung gesetzlich fixirter Geldstrafen durch Beamte oder Privatpersonen.

Auf dem ersteren Gebiet, wo zwar das Vorhandensein von Rechtsbeziehungen der Gesammtheit schon geläugnet wurde, wo wir aber dennoch solche anerkennen zu müssen glauben, gab es, wie aus dem bei FESTUS s. v. vindiciae erhaltenen Bruchstück aus einer censorischen Rede des alten CATO in Verbindung mit l. 1 D. de locis et itin. publ. 43, 7, sowie aus dem mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit festgestellten Charakter der operis novi nun-

tiatio als eines altcivilen Instituts hervorgehen dürfte, zur Legisaktionenzeit populare Vindikationen und Nuntiationen, durch welche gleichmässig die Interessen, welche die Gesammtheit, wie der Einzelne an der Erhaltung der betreffenden Sachen für ihre Zweckbestimmung hatten, geschützt wurden.

An diese alten Vindikationen und Nuntiationen hat sich möglicherweise, und zwar schon zur Zeit des Legisaktionenverfahrens, ein Verfahren mit Pönalsponsionen angeschlossen, welches ebenfalls zum Schutz der Einzel- wie der Gesammt-Interessen diente und wobei das Urtheil im Sponsionsprocess die Grundlage administrativer Naturalexecution seitens der Beamten bildete. Dagegen dienen die späteren Popularinterdikte auf diesem Gebiet ausschliesslich zum Schutz der Einzelinteressen, während die Wahrung der Interessen der Gesammtheit durch Administrativcognition erfolgte.

Zur Einklagung fester Geldstrafen findet man in der klassischen Zeit sowohl in Rom als in den Municipien ein besonderes, mit inquisitorischen Elementen durchsetztes Verfahren, in welchem zwar das Interesse des Staats, das wenigstens theilweise ein vermögensrechtliches war, durch eine besonders dazu aufgestellte Person in Parteistellung vertreten wurde, in welchem aber auch der dem Gericht präsidirende Beamte von Amtswegen verpflichtet war, dasselbe wahrzunehmen. Wie weit dieses Verfahren zurückreicht, ob in früherer Zeit Legisaktionsformen zur Einleitung desselben dienten, lässt sich nicht feststellen. —

Bei einem anderen möglicherweise in älterer Zeit entwickelten Verfahren zur Eintreibung fester Geldstrafen, einem Verfahren, auf das der Bericht des FESTUS über das sacramento interrogare, sowie das in sacrum judicare in der lex Silia und im fragmentum Tudertinum hinzuweisen scheinen, ist jedenfalls nicht an eine für den Staat von einem Beamten oder einer Privatperson entwickelte Parteithätigkeit also nicht an eine civilprocessuale Vertretung zu denken.

In den beiden aufgeführten Fällen civilprocessualer Vertretung — wenn man im zweitgenannten überhaupt noch von einer solchen reden kann — liegen nun aber so besonders geartete Verhältnisse zu Grund, dass die hier ausgebildete Vertretung jedenfalls ohne Einfluss auf die sonstige Entwicklung civilprocessualer Vertretung geblieben ist.

Beim Schutz der res publicae publico usui destinatae ist es die gleichzeitige Wahrnehmung der eigenen Interessen des

Klägers, welche das Vertretungsverhältniss jedenfalls zurücktreten, dem älteren Recht selbst möglicherweise gar nicht zum Bewusstsein kommen liess.

Bei dem Geldstrafprocess bedingen der im Vordergrund stehende Strafzweck sowie die inquisitorischen Elemente des Verfahrens zum mindesten eine vollkommene Sonderstellung dieser Fälle innerhalb des Gebiets der civilprocessualen Vertretung.

b. § 11. Die Vertretung sonstiger juristischer Personen.

Eine civilprocessuale Vertretung sonstiger juristischer Personen hat es zur Zeit der Legisaktionen aus dem einfachen Grunde nicht gegeben, weil solche damals überhaupt noch nicht anerkannt waren. — Diese Aufstellung ist noch etwas näher zu begründen.

In erster Linie konnte man vermuthen, dass den Stadtgemeinden, den Municipien und Colonien, juristische Persönlichkeit beigelegt worden sei. Diese Vorstellung ist jedoch für die ältere Zeit ganz entschieden zu verwerfen.

Die italischen Städte waren, wie Gierke (in seinem Genossenschaftsrecht Bd. III § 4 S. 70 ff.) hervorhebt, entweder civitates foederatae, d. h. selbständige Staaten mit eigener Verfassung, eigenem Privat- und Process-Recht, — diese scheiden für unsere Betrachtung vollständig aus, — oder sie galten wie die Colonien und die civitates subjectae als partes populi Romani, was zur Folge hatte, dass ihre vermögensrechtlicheu Beziehungen als Rechtsbeziehungen des populus Romanus behandelt wurden und dem für diesen ausgebildeten Schutz unterlagen. Zweifellos waren an dem einer solchen Colonie oder einem solchen Municipium zugewiesenen Gebiet spezielle Rechtsbeziehungen gerade der Gesammtheit der betreffenden Gemeindemitglieder vorhanden, allein diese Rechtsbeziehungen konnten nur auf dem Administrativweg geltend gemacht werden. So entschieden bei Streitigkeiten zwischen verschiedenen solchen Gemeinden Senatscommissionen. Bei Streitigkeiten zwischen der Gemeinde und einzelnen Privatpersonen griff die Administrativcognition von Beamten, sei es nun der städtischen Beamten oder römischer Oberbeamter, Platz. Zur Ausbildung von eigentlichen Privatrechten der Stadtgemeinde kam es in dieser Periode nicht.

Ganz entsprechend hat man sich das Verhältniss bei den Dorfgemeinden, den vici und pagi, zu denken.

Ebensowenig wurde der Begriff der juristischen Person auf dem Gebiete des Sacralrechts ausgebildet[1]).

Wohl finden wir daselbst die res sacrae, Gegenstände, welche dem Verkehr entzogen und dem Zweck unterstellt waren, dem Kultus eines vom römischen Staat anerkannten Gottes zu dienen, — es gehören dazu die Tempel, Altäre, heiligen Haine, heiligen Geräthschaften —; allein wenn man auch diese Gegenstände als res divini juris bezeichnete, so hat man doch an ein Eigenthum der Gottheit an denselben schwerlich gedacht.

Eine gewisse Verfügungsgewalt über diese Gegenstände stand dem römischen Staat zu. Ob man aber desshalb bestimmte Rechtsbeziehungen des populus Romanus an den res sacrae annahm, muss dahingestellt bleiben.

Möglich ist, dass man bei der Vorstellung der Bestimmung dieser Güter für einen concreten Zweck stehen blieb und nicht zur Fiktion eines Rechtssubjekts gelangte.

Der Schutz der res sacrae erfolgte von Alters her durch Administrativcognition der Beamten. Daneben diente in der klassischen Zeit zum Schutz der Interessen, welche der einzelne Bürger an der Wahrung dieser Güter für ihre Zweckbestimmung hatte, das interdictum ne quid in loco sacro fiat, und — quod factum est ut restituatur. Dasselbe hat man sich ganz analog den Interdikten zum Schutz der res publicae publico usui destinatae vorzustellen. Jedenfalls darf man weder bei dem genannten Interdikt noch bei etwaigen popularen Vindikationen und Nuntiationen, an welche sich dasselbe angeschlossen haben könnte, an die Vertretung einer besonderen juristischen Person denken. Höchstens könnte noch die Vorstellung eines pro populo agere zutreffen.

Im übrigen wurde der Kultus der vom römischen Staat anerkannten Götter aus Staatsmitteln bestritten. — So waren

---

[1]) cf. zum Folgenden: Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. II, S. 46 ff. 58 ff.; Pernice, Labeo I, S. 254—263; Marquardt, röm. Staatsverwaltung 2. Aufl. Bd. II, S. 79 ff. Bd. III, S. 145 ff.; Gierke, deutsches Genossenschaftsrecht Bd. III, § 4 S. 63 ff., namentlich N. 95, 96, 67, 103.

namentlich die Tempelcassen, Tempelsklaven, die den Priestercollegien zugewiesenen Grundstücke, Staatsgut. Der Schutz derselben erfolgte selbstverständlich ganz in gleicher Weise, wie der Schutz des sonstigen Staatsguts. So ging auch die Einklagung der einer Tempelcasse geschuldeten Geldstrafen ganz in derselben Weise vor sich wie die Einklagung sonstiger Geldstrafen. Die Verwendung des Geldes für den sacralen Zweck war möglicherweise nicht einmal direkt erzwingbar[1]).

Neben dem öffentlichen Gottesdienst standen die sacra privata, welche von den Einzelnen, der Familie oder der gens angestellt und lediglich aus privaten Mitteln bestritten wurden. Den Gedanken eines Vermögens der Gottheit auszubilden, war auch hier lediglich kein Grund vorhanden.

Was endlich noch die res religiosae betrifft, mag man darunter nur die Begräbnissplätze oder auch die bei Marquardt Bd. III. S. 146, 147 genannten weiteren Lokalitäten, (die sacella für den Privatgottesdienst, die Blitzgräber, Stellen, an die sich die Erinnerung unglücklicher Ereignisse knüpften,) zu verstehen haben, so ist auch bei ihnen von einer Anknüpfung von Rechtsbeziehungen an ein fingirtes Rechtssubjekt in keiner Weise die Rede. Hier dürfte man lediglich bei der Vorstellung, dass diese Gegenstände einem bestimmten Zweck unterstellt seien, stehen geblieben sein. Zum Schutze der Einzelinteressen an der Aufrechterhaltung dieser Zweckbestimmung diente das interdictum ne quid in loco sacro (vel religioso) fiat[2]).

Keinem Zweifel[3]) kann unterliegen, dass verschiedene als collegia und corpora bezeichnete Vereinigungen in die Zeit des

[1]) cf. Cicero in Verrem II, 2 § 22, wo Verres einen Sicilier, der „Veneri multatus" sein soll, — Veneri absolvit, sibi condemnat.

[2]) cf. Lenel edictum perpetuum S. 366. — Daneben wird sowohl das Einzelinteresse als das öffentliche Interesse an der Integrität solcher loca religiosa geschützt durch die actio de sepulcro violato. Zum Schutz des Privatbegräbnissrechts an einem solchen Ort dient das interdictum de mortuo inferendo.

[3]) cf. zum Folgenden: Dirksen, civ. Abhandlungen 2. Bd. S. 1 ff.; Mommsen de collegiis et sodaliciis Romanorum. Kiel 1843; Pernice, Labeo I, S. 289; Gierke, deutsches Genossenschaftsrecht Bd. III, S. 66—69, 77 ff., 88 ff., namentlich N. 191; Cohn, zum röm. Vereinsrecht (Berlin 1873) und neuestens Voigt, Zwölftafelrecht Bd. II, S. 734 ff.

Legisaktionenprocesses zurückreichen. Dazu gehören ausser den Priestercollegien und den sodalitates templorum[1]) vor allem die zünftigen collegia, besonders die angeblich von NUMA POMPILIUS gestifteten Zünfte[2]), und die societates publicanorum[3]).

Ferner sollen, wie aus l. 4 D. de coll. et corp. 47, 22 geschlossen wird, nach Zwölftafelrecht zu jedem beliebigen nicht gegen das öffentliche Recht verstossenden Zweck Vereine mit korporativer Verfassung haben zusammentreten können. Eine Verleihung der Korporationsrechte durch den Staat sei erst in späterer Zeit in Folge der Einschränkung des freien Associationsrechts nothwendig geworden.

Bezüglich dieser sämmtlichen collegia, corpora, freien Vereinigungen mit Korporationsrecht, wurde nun in der früheren Literatur angenommen, dass sie von Haus aus juristische Personen gewesen seien, dass zu ihren Korporationsrechten auch die Eigenthumsfähigkeit gehört habe. So meint DIRKSEN l. c. S. 110 und 111: dass die vom Staat anerkannten Korporationen die Fähigkeit gehabt hätten, ein Kommunalvermögen zu haben, sei in den Quellen ausdrücklich bestimmt, und dass, ausgenommen vielleicht bestimmte Fälle, die Sklaven und Beamten der Kommune „die giltigen Repräsentanten“ derselben seit ältester Zeit gewesen seien, lasse sich nicht bezweifeln[4]).

Gegen diese Ansicht hat MOMMSEN in seiner Schrift de collegiis et sodaliciis Romanorum energischen Widerspruch erhoben. Er schliesst für die ältere Zeit aus der Unmöglichkeit processualer Stellvertretung auf mangelnde Vermögensfähigkeit der betreffenden Vereinigungen.

Der Schluss von der Vermögensfähigkeit auf die Nothwendigkeit processualer Stellvertretung ist zwingend, da an ein Ein-

---

[1]) FLORUS I, 6; PLINIUS XXXIV, 1; XXXV, 12. cf. MOMMSEN de coll. et sodal. Romanorum S. 27 ff.

[2]) l. 4 D. de coll. et corp. 47, 22; FESTUS h. v. und verschiedene Stellen CICEROS (cf. MOMMSEN l. c. S. 3).

[3]) Dass dieselben von Haus aus mit dem System der römischen Finanzverwaltung zusammen hingen und in Folge dessen weit zurückreichen ist anerkannt. Ihre Bezeichnung als corpora findet sich in l. 1 pr. D. quod cujusc. univ. nom. 3, 4.

[4]) Zweifelhaft ist, ob PERNICE, Labeo I, S. 291 auch von dieser Anschauung ausgeht, wenn er sagt, dass diese Korporationen „naturgemäss eine gemeinschaftliche Casse gehabt hätten“.

greifen der Administrativcognition auf diesem Gebiet schwerlich zu denken ist. — Da nach dem in § 3 Ausgeführten eine so weitgreifende Ausnahme von dem Satz alieno nomine agere non licet im pr. J. 4, 10 nicht leicht hätte unerwähnt bleiben können, so müssten es schon gewichtige Gründe sein, welche uns zu der Annahme, dass schon im Legisaktionenrecht die betreffenden Vereinigungen juristische Persönlichkeit gehabt hätten, veranlassen könnten.

Prüfen wir zunächst einmal die quellenmässigen Belege, welche für die juristische Persönlichkeit beigebracht werden.

Dass aus der Bezeichnung eines Verbandes als collegium oder corpus sich nicht auf seine Vermögensfähigkeit schliessen lässt, ist längst erkannt. Beide Begriffe gehören ursprünglich dem öffentlichen Recht an und bezeichnen zunächst nur öffentlichrechtliche Einheiten [1]).

Dass in der Kaiserzeit den meisten [2]) dieser collegia und corpora Privatrechtsfähigkeit zukam, steht ausser Zweifel, es lassen sich jedoch daraus keine Schlüsse für das ältere Recht ziehen.

Aus l. 1 § 1 D. quod cujusc. univ. nom. 3, 4 [3]) lässt sich in dieser Beziehung gar nichts entnehmen. Die Vermögensfähigkeit der juristischen Person ist nicht, wie Dirksen meint, aus der Natur der Sache abgeleitet, sondern Gaius schildert einfach den Rechtszustand zu seiner Zeit, ohne sich auf die Entstehungsgeschichte desselben irgendwie einzulassen.

Am wenigsten scheint sich uns aus der l. 4 D. de coll. et corp. 47, 22 [4]) ein Beweisgrund, für die juristische Persönlichkeit der in der Stelle genannten Vereinigungen entnehmen zu lassen. Es scheint jedenfalls bei dieser bestrittenen Stelle soviel sicher zu sein, dass sie nicht in erster Linie pactiones von privat-

---

[1]) cf. Cohn, zum römischen Vereinsrecht (Berlin 1873) S. 4 ff.; Gierke Genossenschaftsrecht Bd. III, S. 66 ff., 77 ff.

[2]) Nicht alle; so nicht der Senat und der exercitus, welche Seneca ep. 102 als corpora bezeichnet, nicht die tribus, curiae, gentes.

[3]) l. 1 §. 1 D. cit. 3, 4. Gaius libro tertio ad edictum provinciale: quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum reipublicae habere res communes etc.

[4]) Gaius libro quarto ad legem duodecim tabularum: Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt: quam Graeci ἑταιρίαν vocant. His autem potestatem facit lex, pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

rechtlicher Bedeutung im Auge hat. Dies beweist schon die Stellung des Fragments in dem genannten Digestentitel. Ausserdem ginge die Beilegung juristischer Persönlichkeit über das im Gesetz gestattete pactionem sibi ferre hinaus.

Aus dem Inscriptionenmaterial endlich lässt sich auch nach genauer Prüfung keine einzige Stelle anführen, welche auf ein Korporationseigenthum vor der Zeit CICERO's hinweisen würde.

Aus dieser Zeit ist eine Stelle aus Varro de lingua Latina VIII, 83 vorhanden [1]), welche von Freigelassenen der Municipien und der Societäten redet und aus derselben Zeit stammt vielleicht, wie MOMMSEN l. c. S. 119 annimmt, die Inscription bei FABRETTUS S. 632, Nr. 276, wo von einem „Monetius sociorum libertus" die Rede ist. — Daraus wird gewöhnlich für die Zeit CICERO's auf Anerkennung eines Korporationseigenthums geschlossen. Der Schluss ist insofern nicht einmal sicher, als die municipiorum manumissi ursprünglich servi publici gewesen, die societatum servi auch im Miteigenthum der Vereinsmitglieder gestanden haben können. Wenn man aber auch für CICERO's Zeit Korporationseigenthum anzunehmen hätte, so wäre daraus kein Schluss für die Zeit vor der lex Aebutia zu ziehen.

Ebenso schlimm wie mit dem quellenmässigen Beweis, sieht es mit den aus der Natur der Sache entnommenen Gründen aus.

Ein praktisches Bedürfniss zu solcher Rechtsbildung war entschieden nicht vorhanden.

Die meisten dieser corpora und collegia waren Vereinigungen von vorzugsweise politischer und religiöser Bedeutung, so die Priestercollegien, die sodalitates templorum, die Handwerkerzünfte und sonstigen Innungen. Sofern nun überhaupt das Bedürfniss vorlag, dass der Verein Mittel zu seiner Verfügung hatte, oder dass gewisse Gegenstände die Bestimmung erhielten, den Zwecken des Vereines zu dienen, so musste ein solches Bedürfniss doch nicht zur Construktion eines Vereinseigenthums führen.

Bezüglich der Priestercollegien ist uns ausdrücklich überliefert [2]), dass die Mittel, die ihnen zur Verfügung standen, res

---

[1]) VARRO de lingua lat. VIII, 83: habent (sc. einen von dem Namen des Freilassenden abgeleiteten Namen) plerique libertini a. municipio manumissi, in quo ut societatum et fanorum servi non servarunt proportionem (et) rationem.

[2]) cf. MOMMSEN de collegiis S. 38, 39. DIRKSEN, civ. Abhandl. II, S. 114. PERNICE, Labeo I, S. 255 N. 5. GIERKE, Genossenschaftsrecht Bd. III, S. 63 N. 96.

publicae waren, dem Staat gehörten. So ist denn auch wohl denkbar, dass anderen solchen collegiis vom Staat, wenn auch nicht Geldmittel, doch bestimmte Gegenstände, z. B. Versammlungslokale, Kultusgegenstände, Sklaven, zur Verfügung gestellt wurden.

Im übrigen ist die Herstellung einer gemeinschaftlichen Casse leicht möglich auch ohne Anerkennung eines Korporationseigenthums und ohne Anerkennung einer direkten Stellvertretung beim Abschluss von Rechtsgeschäften. — Die Vereinsmitglieder können auf Grund ihrer pactio oder auf Grund Gesetzes verpflichtet sein, einer bestimmten Person die Mittel zur Verfügung zu stellen, so dass diese nach aussen suo nomine contrahirend auftreten kann.

Bei den societates, den nicht auf längere Dauer angelegten Erwerbsgesellschaften, war noch die weitere Möglichkeit gegeben, durch Miteigenthumsverhältnisse, namentlich den Erwerb von im Miteigenthum stehenden Sklaven die Vereinszwecke zu erreichen.

In der erstgenannten Weise gestaltete sich die Sache offenbar auch bei den Publikanensocietäten. Der censor contrahirte mit dem sog. manceps, der seinerseits wieder Gesellschaftsverträge mit anderen Personen abschloss[1]). Ob diese Societäten später juristische Persönlichkeit erhielten, oder nicht, ob die l. 1 pr. D. quod cujusc. univ. nom. 3, 4, wo von einem corpus der vectigalium publicorum socii die Rede ist, anders gedeutet werden muss, als auf eine juristische Persönlichkeit dieser Societäten, berührt uns hier nicht[2]). Jedenfalls bleibt die Annahme möglich, dass die Gestaltung zur juristischen Person erst in der Zeit des Formularprocesses erfolgte[3]).

Zu dem Mangel eines praktischen Bedürfnisses nach Ausbildung des Begriffes „Corporationsvermögen“ kommt nun noch der Wegfall des Anknüpfungspunktes, den nach dem Zeugniss

---

[1]) cf. Pernice, Labeo I, S. 296. Cohn S. 168—170 namentlich N. 56. Gierke, Genossenschaftsrecht III, § 4 N. 21 (S. 42).

[2]) Der letzteren Ansicht sind Cohn und Gierke l. c.

[3]) Wenn bei Livius Buch 25 c. 3 von einem ordo publicanorum zur Zeit des zweiten punischen Kriegs die Rede ist, so lässt sich daraus für die juristische Persönlichkeit der Publikanensocietäten in jener Zeit gar nichts schliessen. Nicht einmal das können wir Pernice (Labeo I. S. 296) zugeben, dass damit auf eine korperative Gliederung der publicani hingewiesen ist. Ebensogut kann mit dem Wort „ordo“ nur der „Stand“ dieser Personen bezeichnet sein.

des GAIUS in l. 1 § 1 D. quod cujusc. univ. nom. 3, 4 und nach der Meinung gerade der Schriftsteller, welche eine juristische Persönlichkeit der Corporationen für die ältere Zeit annehmen, diese Gestaltung auf dem Gebiet des Staats- und Gemeinde-Vermögensrechts gehabt haben soll. Wir haben gesehen, dass weder auf dem einen noch auf dem andern Gebiet der Begriff der juristischen Person in dieser Zeit ausgebildet wurde und dass die processuale Vertretung des Staats so eigenartiger Natur war, dass sie der processualen Vertretung einer Corporation in keiner Weise zum Muster dienen konnte.

Nach alle dem dürfte bis auf Weiteres die zu Anfang dieses Paragraphen aufgestellte Behauptung, dass es im Legisaktionenrecht keine juristischen Personen und keine processuale Vertretung solcher gegeben habe, gerechtfertigt sein.

III. § 12. Weitere Bedürfnisse nach processualer Stellvertretung.

Damit wäre der Kreis derjenigen Fälle geschlossen, in denen wir durch die Institutionenstelle mittelbar oder unmittelbar auf eine Stellvertretung im Legisaktionenprocess hingewiesen werden.

Andere Quellenzeugnisse über ein vertreterisches Processiren sind nicht vorhanden. Denn das talione ulcisci des proximus agnatus beim membrum ruptum und os fractum, von dem CATO in einem bei PRISCIAN ars grammat. lib. VI enthaltenen Bruchstück aus origin. lib. IV spricht, bleibt besser bei Seite [1]).

Nicht auf sicherem Boden scheint uns die von VOIGT (Zwölftafelrecht Bd. I S. 574 zu Nr. 7) vermuthete actio ex lege Plaetoria (de circumscriptione minorum XX annis), zu stehen. Es dürfte bei der Nachricht von CICERO de Natura deorum III. 30, 74 wohl ebensogut an eine subsidiäre Popularstrafklage oder an eigentlichen Strafprocess, eine eigentliche accusatio gedacht werden.

[1]) Man weiss nicht ob CATO von römischem Recht spricht. (cf. übrigens FESTUS s. v. „talio“; GELLIUS 20. 1. 24; GAIUS III. 223; PAULUS rec. sent. V. 4 § 6) aber auch wenn man dies annimmt, weiss man noch nicht, ob an eine civilprocessuale Vertretung zu denken ist. Jedenfalls ist es vollkommen unnütz, über die nähere Gestaltung dieser Verhältnisse Hypothesen aufzustellen. (cf. auch Serv. ad Virg. Ecl. IV. 43 und IHERING, Geist des r. Rs. Bd. I. § 14, S. 187).

Auch das praktische Bedürfniss führt nicht zur Annahme weiterer Fälle. Mit dem agere pro tutela, pro libertate, pro populo und ex lege Hostilia und den daran sich anschliessenden Fällen war den wirklichen Bedürfnissen nach einer processualen Vertretung in jener Zeit genügt.

Es bestand kein Bedürfniss weiterer Vertretung schutzbedürftiger Personen, denn innerhalb der Tutel der impuberes infantia majores und der Geschlechtsvormundschaft hatte das römische Recht das eigene Handeln des unter Vormundschaft Stehenden mit auctoritas des Tutor zum Princip erhoben. Warum die Römer zu dieser Gestaltung gegriffen haben, lässt sich weiter nicht erklären, sie liegt ebenso nahe wie die Vertretung.

Dass den altersschwachen und kranken Personen in der älteren Zeit keine weitere Berücksichtigung zu Theil wurde, als dass der Kläger verpflichtet war, ihnen ein jumentum zu stellen[1]), darf uns bei dem Recht eines noch jugendfrischen Volkes, bei dem insbesondere länger andauerndes Siechthum der Männer zu den selteneren Vorkommnissen gehören mochte[2]), nicht wundern.

Zu Gunsten der Rechtsunkundigen eine Stellvertretung zu entwickeln, lag ebenfalls kein Bedürfniss vor. Nicht als ob die Rechtsverhältnisse damals so einfach gewesen wären, dass man die richtige Handhabung der Formen, die genügende Kenntniss der Gesetze, welche wörtlich citirt werden mussten, von jedem Bürger ohne Weiteres hätte erwarten können. Aber dem Bedürfniss einer Hilfe für die Unkundigen genügte das Institut der Beistandschaft, welches von Alters her im römischen Process eingebürgert war.

Eine Vertretung Abwesender auf passiver Seite war mindestens kein dringendes Bedürfniss, da im alten Civilrecht keine Mittel gegen den indefensus ausgebildet waren. (cf. u. § 15.)

Auf klägerischer Seite war dem dringendsten Bedürfniss durch das agere ex lege Hostilia genügt. — Ein Gebiet, auf dem am ehesten die Bedürfnisse zur Zulassung weiterer Vertretung Abwesender hätten drängen können, war das des Handelsrechts. —

---

[1]) Zwölftafeln tab. I. fr. 3, erhalten bei Gellius 20. 1, 24. Das Fahrzeug brauchte nicht bedeckt zu sein.

[2]) Der morbus sonticus, die akute Krankheit, machte die in jus vocatio unmöglich und war, wenn nach Processbeginn eintretend, Grund zur Terminsverlegung. cf. l. 60 D. de re jud. 42, 1. Eisele, Cogn. u. Prok. S. 21. 22.

Dass der Handel schon in früherer Zeit in Rom eine nicht zu unterschätzende Bedeutung hatte, ist längst genügend erkannt[1]). Der bei jedem Handelsverkehr, welcher grössere Dimensionen annimmt, unausbleibliche Kreditverkehr bringt auch die Gefahr häufigerer Processe mit sich, und wenn man sich den römischen mercator auch nicht gleich einem commis voyageur in den Städten Italiens umherreisend denken darf, so mochte doch sein Stand nicht selten eine längere Abwesenheit mit sich bringen, welche ihn an der Durchführung von Processen, von deren sofortiger Erledigung viel abhängen konnte, verhinderte.

Nun ist aber in Betracht zu ziehen, dass es auf diesem Gebiet für den Verkehr ausserordentlich nahe lag, sich des Mittels der Konstituirung von Korrealschuldverhältnissen, namentlich der Zuziehung von Adstipulatoren zu bedienen und so durch eine „uneigentliche" oder „verdeckte Vertretung" das Bedürfniss zu befriedigen.

Dass der adstipulator in dieser Weise fungirte ist schon mehrfach, namentlich von Rudorff behauptet worden[2]). Es ist zuzugeben, dass es um die quellenmässigen Belege für diese Funktion dürftig bestellt ist. Gaius denkt bei seiner Erwähnung des adstipulator in Buch III, §§ 114 und 117 offenbar nicht an diese Funktion. Aus den in § 14 hervorgehobenen Bestimmungen, dass der Erbe des adstipulator nicht klagberechtigt sei und dass die Adstipulation eines Sklaven nichts zu bedeuten habe, lässt sich auf das frühere Vorhandensein der genannten Funktion nicht mit Sicherheit schliessen. — Das entschiedenste Zeugniss für die betreffende Funktion ist Cicero in L. Pisonem c. 9: quasi vero non modo ego, qui multis saepe auxilio fuissem sed quisquam tam inops fuerit unquam, qui isto non modo propugnatore tutiorem se, sed advocato aut adstipulatore paratiorem fore putaret, während aus Auctor ep. ad. Octav. 1: esse quendam, cujus avus fuerit argentarius, adstipulator pater, uterque vero precarium quaestum fecerit, nur der gewerbsmässige Betrieb der Adstipulationen hervorgeht und Cicero pro Quinctio c. 18 sich

[1]) Man vergl. Mommsen, röm. Gesch. Bd. I, Kap. IV. Ein Zeugniss aus historischer Zeit ist der Handelsvertrag mit Karthago aus dem Jahr 406 der Stadt.

[2]) cf. Rudorff zu Puchta's Institutionen § 156 N. c.; röm. Rechtsgeschichte Bd. II. § 26 (S. 89); Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14, S. 386.

auf einen adstipulator beim vadimonium, der nicht Vertreter sein konnte, bezieht.

Die Natur der Sache scheint dagegen so entschieden für die Verwerthung der Adstipulation sowohl als auch der Adpromission zu sprechen, dass wir entschieden geneigt sind, eine solche, insbesondere innerhalb des Handelsverkehrs, anzunehmen. Gerade im Handelsverkehr trifft der von HUSCHKE (Gaiuscommentar S. 110) erhobene Einwand nicht zu, dass man in den seltensten Fällen schon beim Kontrahiren an eine eigene Abhaltung von der eventuellen Processführung denke. Ein Geschäftsmann, dessen Stand es mit sich bringt, dass er häufig am Processführen gehindert ist, der wird leicht dazu kommen, ein für allemal unter Zuziehung eines adstipulator, sei dies nun eine bezahlte Person oder ein Associé, zu kontrahiren und häufig wird er auch seinen Credit durch Zuziehung von Correalschuldnern zu verstärken suchen.

Ob auf diesem Gebiet, etwa vor Beginn einer grösseren Reise, auch von dem Mittel der fiduciarischen Eigenthumsübertragung Gebrauch gemacht wurde, muss dahingestellt bleiben. Dass dies ein gebräuchliches Ersatzmittel für die unmögliche Stellvertretung gewesen sei, wie RUDORFF (Rechtsgesch. Bd. II, § 26 S. 29) annimmt, scheint nicht sehr glaubhaft.

Ein weiteres Bedürfniss für Stellvertretung können wir uns nicht denken. Dass das ältere Recht eine Stellvertretung ohne dringendes Bedürfniss blos zur Bequemlichkeit der Personen, die nicht selbst processiren wollen, zugelassen habe, ist an sich in hohem Grade unwahrscheinlich. Der Process war in jener Zeit etwas viel zu Wichtiges und Ernsthaftes — man denke namentauch an die Anschauung, aus der die Processstrafen herausgewachsen sind, dass unrechtmässiges Processiren ein Frevel gegen die Gottheit oder doch gegen die Rechtsordnung sei —, als dass solche Erwägungen bei den rechtschaffenden Faktoren hätten Eingang finden können.

Aus diesem Grund wird man den geschilderten Zustand nicht allein erträglich finden, sondern ihn als einen der ersten Periode einer Rechtsentwicklung vollständig entsprechenden anerkennen müssen.

Wo die Bedürfnisse des Lebens zunächst zu weiterer Entwicklung getrieben haben dürften ist theilweise schon angedeutet. Mit der wachsenden Ausdehnung des Gebiets musste zunächst

eine weitere Vertretung Abwesender wünschenswerth werden, und mit der Zeit mochte auch die Behandlung der Kranken und Altersschwachen als zu hart erscheinen. Wie später diesen Bedürfnissen genügt wurde, wird unten in § 15 näher zu betrachten sein.

IV. Ueber die Theorien von der Stellvertretung durch den vindex bei der in jus vocatio und durch den cognitor in judicio.

1. § 13. Der vindex bei der in jus vocatio.

Ein vollständig anderes Bild als das soeben entworfene würde sich ergeben, wenn eine der beiden Ansichten, die von Eisele in seiner „Cognitur und Prokuratur" neuerdings wieder verfochtene Theorie vom cognitor in judicio, oder die Ansicht, dass für den Beklagten bei der in jus vocatio ein Vertreter, vindex genannt, habe eintreten können, richtig wäre.

Was zunächst die letztgenannte Ansicht betrifft, so wurde bis vor kurzer Zeit mit merkwürdiger Uebereinstimmung angenommen, dass der in den Quellen (cf. Gaius IV, § 46 und lex Rubria c. 21 i. f.) genannte vindex bei der in jus vocatio ein processualer Vertreter sein müsse.

Während die eine Meinung, vertreten von Keller (Civilprocess § 46), Bethmann-Hollweg (§ 32 I, S. 107), Rudorff (Rechtgeschichte II, § 17 A. 5), Bekker (proc. Consumption S. 169) annahm, dass es dem in jus vocatus freigestanden sei, entweder selbst zu folgen, oder einen vindex zu stellen, welcher das lege agere für ihn übernahm, ging eine andere Ansicht, welche von verschiedenen Schriftstellern, so von Puchta (Inst. II, § 160), Ihering (Geist des röm. Rechts Bd. I, § 11 c. N. 64), Karlowa (Legisaktionenprocess § 54 S. 322) Unger (Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 7, S. 205) und wohl auch von Wach (Anm. zu Keller in N. 533) verfochten wird, dahin, dass wer der in jus vocatio nicht Folge leistete pro damnato galt, also der manus injectio pro judicato unterworfen wurde und desshalb nur noch durch einen vindex den Process führen konnte.

Erst in neuester Zeit wurde nun in zwei gleichzeitig und unabhängig von einander erschienenen Abhandlungen von Demelius (der vindex bei der in jus vocatio, Zeitschrift der Sav.-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. II, rom. Abth. S. 1 ff.) und von Lenel

(in derselben Zeitschr. Bd. II, S. 43 ff.) der Ausgangspunkt beider Ansichten einer Prüfung unterzogen und das Resultat derselben war die Unhaltbarkeit beider Theorien [1]).

Für uns handelt es sich nur um die erstgenannte Ansicht, da die zweite kein weiteres Gebiet processualer Stellvertretung eröffnet [2]).

So wie sie gewöhnlich behauptet wird wäre diese processuale Stellvertretung vollständig unbegreiflich. Wollte man ein Mittel haben um den in jus vocatus von der sofortigen Gerichtsfolge zu befreien, so konnte man nicht darauf kommen, ihm einen Stellvertreter aufzunöthigen. Wäre man davon ausgegangen, dass man in gewissem Umfang Stellvertretung auf Seite des Beklagten hätte zulassen wollen, so hätte man die Möglichkeit des Eintritts eines Vertreters nicht von seiner zufälligen Anwesenheit bei der in jus vocatio abhängig machen können.

Erklärlich wäre das Eintreten eines Vertreters für den in jus vocatus nur, wenn eine Vertretung auf Seite des Beklagten in breiterem Umfange zugelassen gewesen wäre. Dafür war aber entschieden kein Bedürfniss vorhanden und es sprechen sowohl Gaius IV, 82 als die Institutionenstelle 4, 10 mit wünschenswerthester Deutlichkeit gegen eine solche Gestaltung. Man wende nicht etwa ein, die Stellen sprechen blos von der Vertretung auf klägerischer Seite. Denn aus dem Zusammenhang beider Stellen sowie aus dem Wortlaut der Institutionenstelle, in welcher es ausdrücklich heisst: „quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat“ geht hervor, dass die Regel „alieno nomine lege agere non licet“ sich gleichmässig auf das Processiren für den Kläger wie auf das Processiren für den Beklagten bezog.

Bei dieser Sachlage müssten es wiederum gewichtige Gründe sein, welche uns den Eintritt eines Vertreters, sei es lediglich für den in jus vocatus, sei es allgemein auf Seiten des Beklagten, glaubhaft machen könnten.

---

[1]) Uebereinstimmend jetzt auch Voigt, Zwölftafelrecht Bd. I, S. 578 N. 20. Unabhängig von beiden Abhandlungen war auch der Verfasser dieser Schrift bei Lösung einer von der Tübinger Juristenfakultät gestellten Preisaufgabe über das a. n. a. im Legisaktionenprocess zu demselben Resultat gelangt.

[2]) Speciell gegen die zweite Ansicht ist zu vergleichen Demelius l. c. S. 9 ff. Lenel S. 49—53.

Und welches sind nun die geltend gemachten Gründe?

Bei Gaius IV. 46 und in der lex Rubria cap. XXI i. f. ist von einem bei der in jus vocatio vorkommenden vindex die Rede. Aus dem Namen wird geschlossen, dass dies ein altciviles Institut gewesen sein müsse. In der citirten Stelle aus der lex Rubria wird zur Tauglichkeit des vindex erfordert, dass er locuples sei, und dasselbe Erforderniss ist nach l. 1 D. in jus voc. ut eant 2, 6 für den fidejussor judicio sistendi causa (interpolirt für vindex), durch das Edikt aufgestellt. Dies Erforderniss der Vermöglichkeit des vindex wird mit dem XII Tafelfragment „assiduo vindex assiduus esto" in Verbindung gebracht und geschlossen, dass die Zwölftafeln Bestimmungen über diesen vindex bei der in jus vocatio enthalten haben müssen.

Mit dieser Anschauung tritt man nunmehr heran an die l. 22 § 1 D. de in jus voc. 2, 4. Dieselbe lautet:

> Gaius libro primo ad legem duodecim tabularum: Qui in jus vocatus est, duobus casibus dimittendus est: si quis ejus personam defendet et si dum in jus venitur, de ea re transactum fuerit.

Da scheint denn nun ganz zweifellos zu sein, dass dieser defensor personae alterius kein anderer ist, als der in den anderen Stellen erwähnte vindex [1]. — Dieser vindex war also, wie der vindex bei der manus injectio, ein processualer Vertreter.

Die ganze Beweisführung ist, wie sich auf den ersten Blick ergibt, in keiner Weise schlüssig.

Weder aus dem Namen vindex noch aus dem Erforderniss der Vermöglichkeit, das für diesen vindex in gleicher Weise wie für einen in den Zwölftafeln aufgeführten vindex aufgestellt wird, lässt sich auf den altcivilen auf die Zwölftafeln zurückzuführenden Ursprung des Instituts schliessen. Ebensowenig sicher steht, dass Gaius in der l. 22 § 1 cit. gerade von Zwölftafelrecht handelt. Es liegt sehr nahe und kommt auch an verschiedenen Stellen vor, dass Gaius in seinem Zwölftafelcommentar das zu seiner Zeit

---

[1]) Von Dirksen wird noch in seiner Uebersicht über die Zwölftafelfragmente S. 156 ff. das fr. rem ubi pacunt orato, ni pacunt in comitio aut in foro causam cojiciunto (tab. I. fr. 6, 7) herbeigezogen und geschlossen, dass, wenn der eine von Gaius erwähnte casus, das transigere, auf eine Zwölftafelbestimmung zurückzuführen sei, dies bei dem anderen casus ebenfalls zutreffen müsse.

geltende Recht bespricht [1]). Demnach ist schon die ganze Zusammenstellung von Gaius IV, 46 und l. 22 § 1 cit. 2, 4 mehr oder minder willkürlich. Und nun vollends, — und darin liegt der Hauptfehler der Argumentation, — muss denn das „qui personam ejus defendet“ nothwendig auf processuale Vertretung sich beziehen? Kann man von jemand, der z. B. durch Bürgschaft oder auf andere Weise Gewalt von einer bestimmten Person abwendet, nicht ebenfalls sagen, dass er personam ejus defendit? Ganz gewiss! — Müsste man daher auch annehmen, dass der bei Gaius IV, 46 erwähnte vindex und der defensor in l. 22 § 1 auf ein und dasselbe Institut hinwiesen und dass dieses Institut dem Zwölftafelrecht angehörte, dass der vindex pro rei qualitate locuples sein, also in irgend welcher Weise für den Streitbetrag haften musste, so wäre doch noch lange nicht bewiesen, dass derselbe ein processualer Vertreter war.

Bezüglich der Auffassung des von Gaius IV, 46 erwähnten vindex, darf man sich ohne Bedenken den Ausführungen Lenel's (l. c. S. 44—77, edictum perpetuum S. 53, 54) anschliessen. Er ist eine besondere Art von Gestellungsbürgen, der durch sein Eintreten den vocatus von der sofortigen Gerichtsfolge befreit und sich seinerseits verpflichtet, dafür zu sorgen, dass der vocatus später wieder zu haben sein werde. Stellte er ihn, nachdem ein prätorisches Exhibitionsdekret erfolgt war, nicht, so ging gegen ihn eine actio in factum auf „quanti ea res est“.

Es sind in diesen Beziehungen die Bestimmungen der l. 2 § 5, l. 4, l. 5 § 1 D. qui satisd. cog. 2, 8 herbeizuziehen, wo jedesmal das ursprüngliche Wort „vindex“ durch die Worte „fidejussor judicio sistendi causa“ in der Compilation ersetzt worden zu sein scheint.

Auf diese Weise würde der vindex der Definition des Festus: „vindex ab eo, quod vindicat quominus is qui prensus est ab aliquo teneatur“ entsprechen und derselbe könnte auch sehr wohl von Gaius als defensor personae alterius bezeichnet werden, sei es, dass Gaius damit ihn allein erwähnen oder für ihn und den defendirenden Vertreter einen gemeinschaftlichen Ausdruck gebrauchen wollte [2]).

---

[1]) cf. Schoell, XII Tafeln cap. III.

[2]) Zu andern Resultaten gelangen Voigt l. c. und Demelius l. c., welche beide den vindex ganz aus dem XII Tafelrecht beseitigen wollen, indem der erstere den vindex bei Gaius IV. 46 und den defensor in l. 22 § 1 cit. 2 4

Den altcivilen Ursprung des Instituts angenommen, der uns keineswegs so sicher zu stehen scheint, wie LENEL annimmt, dürfte der vindex ursprünglich doch wohl auf Leistung der Streitsumme im Fall der Nichtgestellung des Beklagten innerhalb oder zu bestimmter Zeit verpflichtet gewesen sein. Wodurch diese Verpflichtung herbeigeführt werden konnte, — LENEL denkt an ein feierliches Versprechen in die Hand des Prätors — muss dahingestellt bleiben.

Damit wäre auch hier ein ähnlicher Gedanke, wie wir ihn bei dem vindex, bei der manus injectio gefunden zu haben glauben, ursprünglich zu Grunde gelegen, dass man nämlich eine fremde Rechtsverfolgung nur auf die Gefahr hin, selbst ein alterum tantum zahlen zu müssen, hemmen dürfe. — Die Beschränkung der Haftung auf quanti ea res est und die Bedingtheit derselben durch ein vorausgegangenes prätorisches Exhibitionsdekret, wären Milderungen des alten strengen Rechts gewesen[1]).

2. § 14. Der cognitor in judicio.

Während die Theorie vom Stellvertreter bei der in jus vocatio auf Grund der Ausführungen von DEMELIUS und LENEL als ein überwundener Standpunkt bezeichnet werden darf, ist dies nicht in gleicher Weise der Fall bezüglich der Lehre vom altcivilen, unbeschränkt zugelassenen cognitor in judicio.

Diese Lehre ist zuerst von C. A. SCHMIDT in der 4. Abhandlung seiner Ausgabe von CICERO's Rede pro Roscio comoedo aufgestellt, von HUSCHKE in seiner Kritik dieser Schrift in Richter's Jahrbuch (Bd. 4 S. 491. 492) und später in der Zeit-

---

auf den procurator bezieht, DEMELIUS denselben als gewöhnlichen Ladungsbürgen, fidejussor judicio sistendi causa auffasst.

[1]) Unrichtig scheint es uns, wenn LENEL aus der actio in factum auf die Unmöglichkeit einer früheren Verhaftung für den Streitwerth selbst schliesst, weil man sonst zu Stipulationen gegriffen haben würde. Es ist dabei die Möglichkeit, dass man später eine Milderung der Haftung eintreten lassen wollte, unberücksichtigt geblieben. — Unhaltbar erscheint uns die Art und Weise, wie sich LENEL im alten Recht den Zwang zur Exhibition gegen den vindex durchgeführt denkt: „der Gläubiger durfte ihn einsperren und es war Sache des vindex sich mit demselben abzufinden." Zum mindesten sollte man meinen, der Gläubiger habe nicht mehr als den Streitbetrag vom vindex verlangen dürfen.

schrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 13 S. 307 acceptirt worden. — In der Folgezeit wurde die Aufstellung wenig berücksichtigt. Die meisten Schriftsteller übergingen sie vollständig mit Stillschweigen oder verwarfen sie dieselbe mit einigen kurzen, abfertigenden Bemerkungen [1]). Von KARLOWA (in seinem „römischen Civilprocess zur Zeit der Legisaktionen" S. 357) und von BEKKER (Aktionen II, S. 115) wurde im Gegensatz zu der SCHMIDT-HUSCHKE'schen Theorie die Ansicht aufgestellt, dass innerhalb des Legisaktionenverfahrens für bestimmte Fälle, besonders für Kranke und Altersschwache eine Vertretung durch Cognitoren für den ganzen Process zulässig gewesen sei. In noch schärferen Gegensatz zu SCHMIDT und HUSCHKE hat sich WLASSAK in seinem Werk „zur Geschichte der negotiorum gestio" gestellt, indem er ausführte, dass die Cognitur gegenüber der Prokuratur das jüngere Institut, wahrscheinlich aus einem fremden Recht, wohl dem griechischen, importirt sei, jedenfalls nicht der Zeit des Formularprocesses angehöre.

In seiner Schrift über „Cognitur und Prokuratur" hat nun EISELE die Lehre vom cognitor in judicio wieder aufgenommen und sie mit aller Energie, unter Herbeiziehung einer Reihe neuer Beweisgründe zur Geltung zu bringen versucht.

Die ablehnende Haltung der Kritik [2]) veranlasste EISELE hierauf zum zweiten Mal im 5. Bd. der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte S. 191 ff. für seinen cognitor in judicio einzutreten.

Bei der principiellen Bedeutung, welche die Frage für die processuale Stellvertretung im Legisaktionenprocess und für die Geschichte der processualen Stellvertretung überhaupt hat, ist eine vollständige Prüfung derselben an dieser Stelle erforderlich.

Es wird von Werth sein, die verschiedenen von EISELE angeführten Beweisgründe auseinanderzuhalten, je nachdem sie nur für den altcivilen Ursprung der Cognitur, oder nur für die anfängliche Beschränkung derselben auf das judicium oder für die allgemeine Zulassung formell bestellter Vertreter in judicio sprechen.

---

[1]) cf. BETHMANN-HOLLWEG, Civilprocess S. 417 N. 47; KELLER N. 627; PUCHTA, Inst. § 156 N. q.; BEKKER, processuale Consumption § 12 S. 149 ff.

[2]) HÖLDER, krit. VJschrift XXIV, S. 17 ff.; FIERICH, Günhut's Zeitschrift IX, S. 608 ff.; LENEL, Zeitschr. der Sav.-Stiftung für Rechtsgesch. IV, S. 149 ff.

Zunächst führt EISELE aus, dass seiner Ansicht jedenfalls keine Hindernisse im Weg stehen. Das Bedürfniss einer weiteren Stellvertretung als der in der Institutionenstelle genannten sei vorhanden und die Aussprüche der 3 Stellen: GAIUS IV, 82, Inst. 4, 10, und l. 123 D. de reg. jur. 50, 17, schliessen dem Wortlaut wie ihrem vernünftigen Sinn nach nur eine Vertretung bei der eigentlichen legis actio, d. h. in jure, aus.

Für den civilen Ursprung der Cognitur sollen sprechen: die certa verba, der Ausschluss einer Bedingung bei der cognitoris datio und das Erforderniss der auctoritas tutoris bei der Cognitorbestellung durch gewaltfreie Weiber.

Beigefügt mögen hier noch zwei Gründe werden, welche angeblich für das höhere Alter der Cognitur gegenüber der Prokuratur sprechen sollen[1]), übrigens von EISELE nicht angeführt werden: einmal die Voranstellung der Cognitur im Edikt und desshalb die Citation der für sie zuerst aufgestellten Bestimmungen bei dem Edikt über Prokuratur (Vat. fr. 322, 323), und ferner die angeblich aus CICERO pro Roscio com. § 53 sich ergebende Unbekanntschaft CICERO's mit einer Prokuratur auf klägerischer Seite. — Von manchen wird auch aus der Stelle des Auctor ad Herennium II, 13 § 20 auf hohes Alter und civilen Ursprung der Cognitur geschlossen.

Muss man einmal den altcivilen Ursprung der Cognitur zugeben, so meint EISELE, müsse man dieselbe auf das judicium beschränken, weil man sonst mit dem Grundsatz „alieno nomine lege agere non licet" in Konflikt kommen würde. Dabei setzt EISELE offenbar allgemeine Zulassung der Cognitur voraus.

Selbständig für die Funktion des ältesten cognitor — in judicio sollen sprechen: einmal die Aufstellung einer doppelten Formel bei GAIUS IV, 83, wovon die erstere „quod—peto" die ursprüngliche, für den Legisaktionenprocess construirte, später allerdings auch auf den Formularprocess übertragene, die zweite „quod ego tecum agere volo" die von Haus aus für den Formularprocess componirte gewesen sei. Ferner die schon citirte Stelle des Auctor ad Herennium II, 13 § 20: „ut major LX annis et cui morbus causa est, cognitorem det", welche als Beschränkung des Zwölftafelsatzes „si morbus aevitasve vitium escit qui in jus

---

[1]) cf. BEKKER, Aktionen II, S. 115 N. 24.

vocat jumentum dato" in der Weise gedacht wird, dass damit gesagt wäre: in judicio braucht der Kläger kein jumentum zu praestiren, denn da soll der Altersschwache oder Kranke einen cognitor stellen. — Endlich wird aus § 35 und § 54 der Rede CICERO's pro Roscio comoedo zu folgern gesucht, dass der in diesem Process auftretende cognitor Fannius erst nach der litis contestatio eingetreten sei, also nur in judicio fungirt habe. — Weiter wird mehr gelegentlich für die ursprüngliche Funktion in judicio angeführt fr. Vat. § 322 [1]): durch a. n. a. hätte die Processführung seitens eines Prokurator, durch per alios agere die Processführung mittelst eines Prokurator im Gegensatz zur Processführung eines cognitor oder mittelst eines solchen nur bezeichnet werden können, so lange die Processführung des cognitor ein alieno nomine agere nicht dargestellt habe, so lange derselbe auf das judicium beschränkt gewesen sei.

Für die von Anfang an allgemeine Zulassung der Cognitur im Gegensatz zur Beschränkung auf bestimmte Fälle, werden besondere Gründe nicht angeführt. EISELE scheint davon auszugehen, dass das Bedürfniss auf eine möglichst weitgehende Zulassung von Stellvertretern hingedrängt und desshalb, soweit keine positiven Hindernisse im Weg standen, zur Ausbildung einer solchen geführt haben müsse.

Gedacht wird der cognitor als direkter Stellvertreter, in der Zeitschrift der Sav.-Stift. Bd. 5 S. 204 aber auch die Möglichkeit zugegeben, dass er blosser nuntius gewesen sei. Jedenfalls musste nach EISELE's Ansicht das Urtheil auf den dominus, der litem contestirt, sacramento provocirt hatte, abgestellt werden.

Was den Gedanken an eine Nuntiusqualität des cognitor betrifft, so kann derselhe im Folgenden unberücksichtigt bleiben. Es wäre zunächst zu fragen, wie EISELE den Begriff des nuntius fassen will. Die Gestaltung, dass der cognitor in der mündlichen Verhandlung durch die Erklärung „hierüber bin ich nicht instruirt", Terminsverlegung herbeiführen, der dominus nach beendigtem Process mit der Behauptung auftreten konnte, „mein cognitor hat gegen seine Instruction gehandelt", dürfte aus praktischen Gründen absolut ausgeschlossen sein. Sobald aber das entscheidende

---

[1]) Alieno nomine item per alios agendi postestatem non faciam in his causis, in quibus ne dent cognitorem, neve dentur, edictum comprehendit.

Moment in die Erklärung des cognitor verlegt, diese nöthigenfalls als Erklärung des dominus fingirt wird, hat man es unseres Erachtens, auch wenn der cognitor sich äusserlich als nuntius gibt, nicht mehr mit einem nuntius, sondern mit einem Stellvertreter zu thun.

Der Hauptfehler der ganzen EISELE'schen Beweisführung scheint uns in dessen Grundauffassung zu liegen, dass das Bedürfniss nach einer möglichst allgemeinen Zulassung der Stellvertretung schon im alten Recht vorhanden gewesen sei. Es ist im vorigen Paragraphen auszuführen versucht worden, dass diese Vorstellung für das alte Recht nicht zutrifft. Dieselbe würde zutreffen für ein ausgereiftes, auf grössere und complicirtere Verhältnisse berechnetes, für ein weiteres Gebiet geltendes Verkehrsrecht, nicht für ein jugendliches, auf verhältnissmässig kleinen Raum beschränktes Recht, das noch auf dem Standpunkt steht, das objectiv unrechte Processiren als Verstoss gegen die Rechtsordnung zu kennzeichnen und demgemäss mit Strafen zu belegen. — Am wenigsten kann man sich denken, wie diese Art von Stellvertretung, welche EISELE annimmt, wirkliche Bedürfnisse befriedigt haben soll. Sie ist vollständig unbrauchbar für eine Vertretung Abwesender, und sie nimmt gerade den schwierigsten Theil der Processführung dem Vertretenen nicht ab.

Von seiner Auffassung der Bedürfnissfrage aus wird EISELE zu der weiteren Ansicht getrieben, dass der Zulassung einer allgemeinen Stellvertretung im Legisaktionenprocess besondere Hindernisse im Wege gestanden haben müssen. Solche Hindernisse werden nun in der Natur der Spruchformeln, welche eine persönliche Betheiligung an dem streitigen Rechtsverhältniss voraussetzten, oder in dem Charakter des Handelns in jure als eines auf die Herstellung obligatorischer Wirkungen gerichteten Handelns, das nach altrömischer Anschauung nicht Wirkungen für einen Dritten habe herbeiführen können, gesucht. Da diese Hindernisse nur dem Auftreten eines Vertreters in jure entgegenstehen, soll sich der Grundsatz alieno nomine lege agere non licet auch nur auf das Verfahren in jure bezogen haben.

Bei richtiger Auffassung der Bedürfnissfrage wird dieser ganzen Argumentation der Ausgangspunkt genommen. War ausser in den Fällen, in denen eine Stellvertretung zugelassen wurde, gar kein Bedürfniss nach einer solchen vorhanden, so braucht man nicht nach Gründen zu suchen, warum nicht auch noch in

weiteren Fällen eine Vertretung anerkannt war. Was die angeführten positiven Gründe betrifft, welche den principiellen Ausschluss der Stellvertretung in jure veranlasst haben sollen, so würde der zweitgenannte, auch wenn er erweislich und seinerseits erklärbar wäre, nur gegen die Zulassung einer direkten Stellvertretung, nicht gegen die Zulassung einer Stellvertretung überhaupt, gesprochen haben. Dass formelle Gründe, wie der Wortlaut der Spruchformeln, nicht leicht mehr ein Hinderniss gegenüber einem wirklich empfundenen Bedürfniss bilden konnten, nachdem man in einzelnen Anwendungsfällen schon eine Vertretung innerhalb der betreffenden Formen zur Ausführung gebracht hatte, ist schon oben in § 3 S. 21 hervorgehoben worden. Beide Gründe würden der Zulassung einer Stellvertretung für den ganzen Process, wenn das Bedürfniss dahin gedrängt hätte, nicht im Wege gestanden sein.

Dass der Wortlaut der Stellen, in welchen die Regel „alieno nomine agere non licet" ausgesprochen ist, abgesehen vielleicht von der l. 123 cit. de reg. jur. 50, 17, zunächst gegen jede Art processualer Stellvertretung spricht, hätte nie bezweifelt werden sollen. Den Nachweis, dass der Ausdruck agere üherhaupt technisch jemals für das Processiren in jure allein gebraucht wurde, ist Eisele schuldig geblieben (cf. o. S. 11 N. 1). Wer die beiden Stellen Gaius IV, 82 u. pr. Institutionum 4, 10 unbefangen liest, wird gewiss den Eindruck bekommen, dass im Formularprocess das Processiren auf Grund fremder Rechtsbeziehung gestattet, im Legisaktionenprocess, abgesehen von bestimmten Ausnahmen, ausgeschlossen war. Der regelmässige Ausschluss eines Fungirens des Vertreters in judicio geht namentlich auch aus dem Schlusssatz des Principium Institutionum 4, 10 hervor.

Bei dieser Sachlage, dem Mangel eines Bedürfnisses und dem Entgegenstehen der beiden Quellenstellen, ist nach unserer Ansicht der Stab über die Eisele'sche Theorie schon gebrochen. Wenn er uns auch glaubhaft machen würde, dass die Cognitur altcivilen Ursprungs sei, und dass es ursprünglich auch cognitores in judicio gegeben habe, — zur Annahme eines allgemein zugelassenen cognitor in judicio könnten wir uns doch nicht bequemen.

Allein auch für die letztgenannten Aufstellungen ist Eisele der Nachweis in keiner Weise gelungen, es lässt sich vielmehr mit ziemlicher Sicherheit behaupten, dass eine ursprüngliche Be-

schränkung des cognitor auf das judicium nicht stattgefunden haben kann.

Was die von EISELE angeführten Gründe betrifft, so könnte die doppelte Formel bei GAIUS IV, 83 nur etwas beweisen, wenn die EISELE'sche Auslegung die allein zulässige wäre. Er selbst hält in der Zeitschrift der Sav.-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 5, rom. Abth., S. 199 eigentlich nur noch die Möglichkeit seiner Erklärung gegen LENEL aufrecht. — Wenn sich auch ein technischer Gebrauch des Worts „petere" im Sinn von „judicio petere" im älteren Recht nachweisen liesse (cf. l. 15 D. rat. rem hab. 46, 8), so ist doch ein anderer Gebrauch des Worts nicht ausgeschlossen. An sich sind verschiedene weitere Auslegungen möglich. Müsste man selbst den Unterschied der Formeln darauf zurückführen, dass bei der ersten der Klagantrag schon präcisirt sein muss, bei der zweiten nicht, so ist damit noch nicht gesagt, dass die Bestellung im einen Fall vor, im anderen nach der litis contestatio erfolgt sein müsse. Wie wir die Stelle auslegen zu müssen glauben, darauf wird noch zurückzukommen sein[1]).

Die Cornificiusstelle könnte, die Richtigkeit der Uebersetzung des „ut—det" mit „er soll geben" einmal angenommen, nur dann zum Beweis der Beschränkung des cognitor auf das judicium verwerthet werden, wenn auch die gleichzeitige Geltung des betreffenden Rechtssatzes mit dem Zwölftafelsatz „si morbus aevitasve vitium escit—jumentum dato" feststünde, was nicht der Fall ist. Nun ist aber jedenfalls soviel sicher, dass diese Uebersetzung des „ut—det" nicht nothwendig ist. Die Imperative der Zwölftafeln drücken ebenso häufig eine Befugniss als ein Sollen aus[2]). Was liegt näher, als bei einem

---

[1]) Nicht recht verständlich ist uns an der EISELE'schen Argumentation auch noch Folgendes: auf der einen Seite nimmt er Verwischung der ursprünglichen Bedeutung der Formel „quod—peto" an, indem er ihre Verwendung im Formularprocess, ohne dass hier der cognitor lediglich für das judicium hätte bestellt werden können, zugibt, auf der anderen Seite will er die ursprüngliche Bedeutung aufrecht erhalten wissen, indem er annimmt, nur die ältere Formel habe in den Fällen des zu GAIUS Zeit fortbestehenden Legisaktionenprocesses zur Anwendung kommen können (cf. EISELE in der Ztschr. der Sav.-Stiftung S. 200. 201).

[2]) Tab. I, fr. 1. capito; fr. 3. manum endo jacito; fr. 3. arceram ne sternito. Tab. III fr. 4 vivito, plus dato.

indirekten Citiren eines solchen Imperativs, die Construction ut mit dem Conjunctiv anzuwenden? Von einem besonderen Sprachgebrauch des Cornificius wegen des petere possis in § 19 reden zu wollen, zu sagen, dass speciell Cornificius gesagt hätte, ut dare possit, wenn er eine Befugniss hätte ausdrücken wollen, scheint uns eine allzu kühne Behauptung.

Die Argumentation aus Cicero pro Roscio § 35 hat Eisele jetzt selbst aufgegeben, es ist deshalb kein Wort mehr darüber zu verlieren. — Dagegen hält er seine Beweisführung aus § 54: „quaero quid ita, cum Panurgus esset interfectus et lis contestata cum Flavio damni injuria esset, tu in eam rem cognitor sis factus?“ aufrecht. Es ist zuzugeben, dass bei ganz genauer Ausdrucksweise Cicero's diese Stelle ein Argument für Eisele dahin abgeben würde, dass Fannius erst nach der litis contestatio zum cognitor bestellt wurde. Wenn dies der Fall wäre, könnte man übrigens auch noch an eine translatio judicii denken. Bedenkt man aber, wie leicht an einer Stelle, an der dem Verfasser auf das zeitliche Verhältniss lediglich nichts ankommt, eine kleine Incorrektheit der Ausdrucksweise in dieser Beziehung sich einschleichen kann, so wird man der Stelle ebensowenig Werth beilegen, als Eisele selbst dem § 32 [1]) derselben Rede Werth für den Beweis des Gegentheils beimisst.

Dagegen scheint auch uns aus einer andern Stelle der Rede pro Roscio nicht blos der Umstand, dass Fannius kein cognitor in judicio war, sondern die Unbekanntschaft Cicero's mit einem solchen Institut überhaupt hervorzugehen. Diese Stelle, welche von sämmtlichen Recensenten gegen Eisele geltend gemacht wurde, ist der § 53 der Rede: Quid interest inter eum, qui per se litigat, et qui cognitor est datus? Gegenübergestellt sind einander der, welcher selbst in eigenem Namen einen Process führt — bezeichnet durch die offenbar gleichbedeutenden Ausdrücke qui per se litigat und qui per se litem contestatur — und der cognitor. Die erstere Person könnte nun mit dem Ausdruck qui per se litem contestatur gar nicht bezeichnet werden, wenn auch derjenige, der durch einen cognitor processirt, per se litem contestiren würde. Diese Argumentation hat Eisele in der Zeitschr. der Sav.-Stiftung nicht widerlegt.

---

[1]) In hanc rem inquit me cognitorem dedisti. Lite contestata, judicio damni injuria constituto, tu sine me cum Flavio decidisti.

Was endlich fr. Vat. § 322 betrifft, so liefert derselbe keinen Beweis, weil aus dem seines Zusammenhangs beraubten Bruchstück nicht entnommen werden kann, ob nicht als selbstverständliche Ergänzung hinzuzudenken ist „auch in den andern Fällen des a. n. a., sollen die betreffenden Bestimmungen, welche bezüglich des cognitor schon erwähnt sind, gelten“.

Ergibt sich aus allen diesen Gründen keine Spur von Beweis, so muss der Einwand, den namentlich Hölder gemacht hat, doppelt schwer in's Gewicht fallen, dass es nämlich, wenn ein cognitor in judicio in früherer Zeit existirt hätte, nicht erklärlich wäre, wie dieses an sich brauchbare Institut später zur Zeit des Formularprocesses gänzlich verschwunden sein sollte, so dass Gaius vom cognitor schlechtweg sagen konnte, dass er intentionem ex persona domini sumit, condemnationem in suam personam convertit.

Diese Verdrängung nimmt Eisele, abgesehen von den Fällen, in denen der Legisaktionenprocess fortdauerte, offenbar an [1]). Dass es anfänglich auch im Formularprocess einen ausschliesslich in judicio fungirenden cognitor gegeben habe, nimmt er jetzt zurück und stellt die Behauptung auf, das Institut des cognitor in judicio habe im Formularprocess desshalb nicht Eingang finden können, weil das judicielle Urtheil in diesem Process unmöglich auf einen Abwesenden habe gerichtet werden können.

Man begegnet hier wieder der Anschauung, als ob ein derartiger Satz, wie „das Urtheil kann nicht auf einen Abwesenden abgestellt werden“, für den sich ein innerer Grund lediglich nicht einsehen lässt, die Entwicklung des Stellvertretungsrechts im Formularprocess beherrscht hätte. Dass das Urtheil im Formularprocess in der Regel auf einen Anwesenden abgestellt wurde, mag man immerhin zugeben. Dass aber daraus der Satz abgeleitet worden sei, auf einen Abwesenden kann das Urtheil gar nicht gestellt werden, bleibt uns so lange unverständlich, als keine inneren Gründe für diese Thatsache beigebracht werden. Eine

---

[1]) Zeitschrift der Sav.-Stiftung f. Rechtsgesch. Bd. 5. rom. Abth. Seite 204, 205.

Nicht gegen die Verdrängung spricht fr. Vat. § 340a, auch nicht nach der Studemund'schen Ergänzung: actio popularis cognitorem (procuratoremve ejus qui agit non nisi post lite)m contestatam admittit. — Es ist dabei wahrscheinlich an eine translatio judicii zu denken.

solche Erklärung aus inneren Gründen ist von EISELE nicht versucht worden.

Die von ihm angezogenen Stellen, PAULUS rec. sent. V, 5a § 6 und l. 60 D. de re jud. 42, 1 [1]), gehören gar nicht hierher. In der ersteren Stelle ist nichts anderes gesagt als: „das Contumazialurtheil steht dem contradiktorischen Urtheil in Beziehung auf die Rechtskraftswirkung nicht gleich". (cf. l. 14 § 1 i. f. D. de app. 49, 1). Die zweitgenannte Stelle sagt: „wenn jemand wegen acuter Krankheit aus der Verhandlung weggeht, so soll kein Versäumnissurtheil gegen ihn ergehen bezw. ein ergangenes wirkungslos sein."

Die Erklärung der späteren Entwickelung aus der Beschaffenheit des Urtheils im Formularprocess kann demgemäss auch nicht gegen den Einwand LENEL's Stich halten, dass wenn dem älteren Recht eine solche Vertretung, wie sie beim cognitor in judicio angenommen wird, geläufig gewesen wäre, man nicht auf die künstliche Gestaltung des cognitor mit dominium litis hätte verfallen können. Es ist richtig, dass von EISELE auch in Beziehung auf diesen Kontrast keine Erklärung gegeben worden ist. Dennoch möchten wir dem Einwand LENEL's keine besondere Bedeutung beilegen, denn die Entstehung einer zweiten anders gestalteten cognitorischen Vertretung könnte ihre Erklärung immerhin in der Anlehnung an ein anderes schon vorhandenes Institut processualer Vertretung z. B. die Prokuratur finden [2]).

Entscheidend fällt endlich noch gegen EISELE in's Gewicht, dass über die ganze Cognitur in judicio und die später eingetretene Veränderung im Institut der Cognitur auch nicht die geringste Nachricht vorhanden ist. Vollends wenn man annimmt, dass es zu GAIUS Zeit noch innerhalb des Legisaktionenverfahrens einen cognitor in judicio gegeben habe, ist die Nichterwähnung desselben bei GAIUS IV, 83 vollständig unbegreiflich.

Wenn nun nach dem Bisherigen eine anfängliche Beschränkung der Cognitur auf das judicium nicht nur als unbewiesen,

---

[1]) PAULUS rec. sent. V. 5 a § 6: Ea quae altera parte absente decernuntur, vim rerum judicatarum non obtinent.

l. 60. D. de re jud. 42, 1: JULIANUS libro quinto digestorum: Quaesitum est, cum alter ex litigatoribus febricitans discessisset et judex absente eo pronuntiasset, an jure videretur pronuntiasse, respondit: morbus sonticus etiam invitis litigatoribus ac judice diem differt — igitur si rei judicandae tempore alter ex litigatoribus febrem habuit, res non videtur judicata.

[2]) cf. u. §. 15.

sondern als im höchsten Grade unwahrscheinlich, ja als unhaltbar erscheinen muss, so dürfte damit der ganzen EISELE'schen Theorie vollends der letzte Anhaltspunkt entzogen sein.

Würde nunmehr noch der altcivile Ursprung der Cognitur nachgewiesen, so wäre dieselbe für das Recht der Legisaktionenzeit auf einzelne bestimmte Fälle zu beschränken. Dabei liegt nach der wiederholt citirten Stelle des Auctor ad Herennium nichts näher, als an die ursprüngliche Zulassung eines cognitor für Altersschwache und Kranke zu denken. Diesen cognitor hätte man sich sowohl auf Grund des praktischen Bedürfnisses als wegen der Unerklärlichkeit der gänzlichen Verdrängung eines einmal vorhanden gewesenen cognitor in judicio schon in jure fungirend vorzustellen.

Prüfen wir nun schliesslich noch die Gründe, aus denen sich der altcivile Ursprung der Cognitur ergeben soll, so finden wir, dass von einem Beweis dafür gar keine Rede ist, nicht einmal eine Wahrscheinlichkeit für einen solchen sich ergibt. — Was zunächst die beiden Gründe betrifft, welche für das höhere Alter der Cognitur gegenüber der Prokuratur sprechen sollen, die also keinenfalls direkt den civilen Ursprung beweisen, fr. Vat. § 322, 323 und CICERO pro Roscio comoedo § 53, so ist in Beziehung auf die ersteren Stellen den Ausführungen WLASSAK's auf S. 56, 57 seiner Schrift „zur Geschichte der negotiorum gestio" nichts mehr beizufügen. Auch der Schluss aus der Cicerostelle bedarf keiner besonderen Widerlegung mehr [1]).

Ebenso hat in Beziehung auf die Beweiskraft der certa et quasi sollemnia verba [2]) WLASSAK das Wesentlichste schon eingewendet. Stelle man sich doch einmal auf den Standpunkt des Praetors, der eine Stellvertretung für Anwesende einführen und die ausdrückliche Erklärung des Vertretenen zum Legitimationsgrund des Vertreters erheben will. Wird er da nicht verlangen müssen, dass diese Erklärung so bestimmt erfolge, dass Niemand, weder er selbst noch der Gegner über den Willen, für diese bestimmte Sache diese Person zum cognitor zu bestellen, im Zweifel sein kann? Geht man von diesem Erforderniss aus, so wird auch die Ausbildung von „beinahe traditionellen Formeln"

[1]) Zu vergleichen auch hier WLASSAK, „Zur Geschichte der negotiorum gestio" S. 50 N. 10 a. E.

[2]) GAIUS IV, 83 und 97.

(quasi sollemnia verba) begreiflich erscheinen, sei es, dass man dieselbe der Gewohnheit zuschreibt, oder dass man geradezu annimmt, der Praetor habe im Edikt zur Belehrung der Parteien das Muster einer solchen Cognitorbestellung vorgezeichnet. Diese traditionellen Formeln sind die bei GAIUS IV, 83 aufgeführten [1]). Von selbst ergibt sich dabei, dass Zusätze und Weglassungen, die den Sinn nicht ändern, indifferent sind, wesshalb auch § 318 der fr. Vat. ausdrücklich diese certa verba in Gegensatz zu den certa verba der legis actiones stellt. Von selbst erklärt sich so auch die Statthaftigkeit griechischer Sprache bei der cognitoris datio (fr. Vat. § 319). — Auf denselben Gesichtspunkt der möglichsten Bestimmtheit der Willenserklärung lässt sich der Ausschluss der Bedingung (fr. Vat. § 329) zurückführen.

So bleibt denn als einziges Beweismittel das Erforderniss der auctoritas tutoris zur cognitoris datio gewaltfreier Weiber.

Angenommen, auf diese Thatsache lasse sich e contrario aus dem in § 326 i. f. und 327 der fr. Vat. enthaltenen Satz, dass zur Bestellung eines Prokurators von Seiten einer Frau die auctoritas tutoris nicht erforderlich sei, so sicher schliessen, als EISELE annimmt, so beweist dies noch lange nicht, dass die cognitoris datio ein negotium civile war. — Bei ULPIAN XI, 27 sind ausser dem negotium civile noch eine Reihe anderer Handlungen aufgeführt, zu denen die auctoritas nothwendig ist [2]). Die meisten dieser Geschäfte konnten unter Umständen in einer cognitoris datio enthalten sein. In derselben konnte ein legitimo judicio agere liegen, sofern man sich die cognitoris datio als in jure vor sich gehend denkt [3]), sie konnte eine Obligirung mit sich bringen, wenn die beklagte Frau einen cognitor stellen wollte, und es konnte durch sie der Grund zu einer Veräusserung von res mancipi

---

[1]) Nicht unwahrscheinlich wäre auch, dass nur die erstaufgeführten Formeln „quod peto" und „quandoque petis" die traditionellen sind und die beiden anderen von GAIUS nur hinzugefügt werden, um zu zeigen, wie die certitudo der verba zu verstehen ist, dass auch eine etwas unbestimmtere Erklärung als die traditionelle genügt.

[2]) ULPIAN, fragm. XI, 27: Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: si lege aut legitimo judicio agant, si se obligent, si civile negotium gerant, si libertae suae permittant in contubernio alieni servi morari, si rem mancipi abalienent.

[3]) cf. EISELE, Cogn. u. Prok. S. 13. BÜLOW, Processeinreden S. 38 N. 16.

gelegt sein. — Es ist nun sehr wohl möglich, dass, weil regelmässig eine solche weitere Wirkung mit der cognitoris datio gegeben war, ein für allemal bei derselben die auctoritas verlangt wurde. Möglich ist ferner, dass überhaupt nur in den Fällen, in welchen eine der genannten Wirkungen mit der cognitoris datio sich verband, die auctoritas erforderlich war. Endlich kann auch die Aufzählung bei ULPIAN unvollständig sein, so dass die cognitoris datio noch besonders zu nennen gewesen wäre.

Bei dieser Sachlage dürften folgende Erwägungen für die Annahme prätorischen Ursprungs der Cognitur ausschlaggebend sein.

Ist keine andere Möglichkeit vorhanden, als einen im alten Legisaktionenverfahren auftretenden cognitor auf den Fall des major sexaginta annis und dessen, cui morbus causa est, zu beziehen, so müssten die Verfasser der Institutionenstelle etwas positiv Unrichtiges überliefert haben, wenn sie es als einen Uebelstand zur Zeit des Legisaktionenverfahrens bezeichneten, dass für den Fall von morbus und aetas keine Möglichkeit einer Stellvertretung gegeben gewesen sei. Die Institutionenstelle muss uns aber, wie EISELE selbst richtig hervorhebt, bis zum Beweis des Gegentheils als massgebendes Zeugniss gelten.

Mit der Verbannung aus dem Legisaktionenverfahren fällt überhaupt die Annahme eines civilen Ursprungs zusammen. Denn nach Aufkommen des Formularprocesses und innerhalb desselben hat schwerlich das Civilrecht noch eine besondere Art processualer Stellvertretung hervorgetrieben.

Dazu kommt noch Folgendes:

In Buch II, c. 13 § 20 des auctor ad Herennium ist der Satz „ut major sexaginta annis et cui morbus causa est, cognitorem det“ auf das aequum et bonum zurückgeführt. Dies spricht entschieden gegen die Einführung durch eine lex. Es bleiben also die zwei Möglichkeiten, dass der Satz einem civilen Gewohnheitsrecht oder aber honorarischer Rechtsbildung entstammte. Das erstere ist an sich schon unwahrscheinlich. Processrechtliche Sätze entwickeln sich überhaupt nicht leicht durch Gewohnheitsrecht, mindestens nicht ohne Betheiligung der richtenden oder gerichtsleitenden Personen und beinahe undenkbar ist eine solche Entwicklung im Gegensatz zu einer Norm, wie es die Zwölftafelbestimmung, dass dem Kranken und Altersschwachen ein jumentum gestellt werden sollte, gewesen ist. So werden wir denn unwill-

kürlich auf honorarische Rechtsbildung gedrängt, um so mehr, als auch sonst der Ausdruck aequitas vorzugsweise in Beziehung auf das prätorische Recht gebraucht wird [1]).

Nimmt man nun noch den Schlusssatz der Stelle: „ex eo vel novum jus constitui convenit ex tempore et hominis dignitate", der wohl nicht anders verstanden werden kann, als dass aus dem bonum et aequum „in Folge der Zeitumstände" und „der angesehenen Stellung eines Mannes" neues Recht entstehe, so ist kaum zu zweifeln, dass dadurch auf die rechtschaffende Thätigkeit der Magistrate unmittelbar hingewiesen ist. Das Zeugniss des Cornificius in dieser Beziehung unglaubwürdig zu finden, hat man, obgleich derselbe kein Jurist ist, nicht den geringsten Anlass.

Wir tragen nach dem Bisherigen kein Bedenken, die Entstehung der Cognitur in die Zeit des Formularprozesses, und zwar in die Zeit nach der Entwicklung der ersten Anfänge der Prokuratur zu verlegen. Wie sich die Cognitur an die Prokuratur anschloss und wie sich auf diese Weise die einzelnen Bestimmungen über die erstere erklären, wird in den folgenden Paragraphen zu betrachten sein.

Ob bei der Ausbildung der Cognitur ein fremdes, z. B. griechisches Recht als Muster diente, wie Wlassak (zur Geschichte der negatiorum gestio) annimmt, oder ob der vertretende Cognitor sich aus einem Processbeistand heraus entwickelt hat, — eine Hypothese, welche Fierich in seiner Kritik des Eisele'schen Buchs in Grünhut's Zeitschrift, Bd. IX aufstellt, — muss dahingestellt bleiben. Das von Wlassak für den peregrinen Ursprung der Cognitur Beigebrachte ist, wie er wohl selbst nicht anders annimmt und wie Eisele in seiner Cognitur und Prokuratur, S. 14 ff. richtig ausgeführt hat, zu einem Beweis ungenügend. Die Hypothese Fierich's erscheint plausibel, aber sie ist ebenfalls unbewiesen und wird es bei dem Mangel einschlagenden Quellenmaterials wohl bleiben müssen. — Aus den sonstigen Bedeutungen des Worts cognitor lässt sich in dieser Beziehung nichts entnehmen. Möglich ist, dass eine genauere Kenntniss des griechischen insbesondere des unteritalischen Rechts uns Anhaltspunkte bieten würde. Die ganze Frage scheint übrigens gegenüber den gemachten Feststellungen von untergeordneter Bedeutung zu sein.

---

[1]) cf. Schultze, Privatrecht und Process S. 389, 390, insbes. Anmerk. 2 auf S. 389.

Drittes Kapitel.

Die Stellvertretung im Formularprocess.

A. Die Vertretung mit dominium litis.

I. Die Entwicklung der gewillkürten Vertretung.

1. § 15. Die defensorische und prokuratorische*) Vertretung.

Die Art und Weise, wie sich die gewöhnliche processuale Stellvertretung im Formularprocess schliesslich gestaltet hat, steht in der Hauptsache fest. Dagegen sind die Geschichte der Entwicklung, die Ausgangspunkte der einzelnen Vertretungsinstitute, wie uns scheint, noch nicht genügend klargestellt, trotz der mannigfachen trefflichen Untersuchungen, welche in neuerer Zeit dieses Gebiet behandelt oder berührt haben [1]).

Im Folgenden soll nun unter Benutzung der für den Legisaktionenprocess gewonnenen Resultate eine kurze Darstellung und Erklärung dieser Entwicklungsgeschichte versucht werden.

Die beiden Punkte, wo eine weitere Entwicklung der processualen Stellvertretung ansetzen musste, waren, wie schon in § 12 a. E. hervorgehoben, der Schutz Abwesender auf der einen, der Schutz altersschwacher und kranker Personen auf der andern Seite. Dringender war das Bedürfniss an der ersterwähnten Stelle, da für die Altersschwachen und Kranken, wie wir gesehen haben, schon das Zwölftafelrecht in gewissem Maass gesorgt hatte.

Bei Untersuchung der Ausbildung einer Vertretung Abwe-

---

*) Unter „prokuratorischer Vertretung“ wird im Folgenden nur die Vertretung des Klägers durch einen procurator verstanden werden. Der Eintritt eines procurator für den Beklagten ist „defensio“.

[1]) So ausser Eisele in seiner öfter citirten Schrift über Cognitur und Prokuratur Pernice, Labeo I, S. 488 ff. und Wlassak zur Geschichte der negotiorum gestio.

sender ist die Vertretung auf klägerischer und auf beklagtischer Seite gesondert zu betrachten.

Die Entwicklung einer Vertretung des abwesenden Beklagten musste Hand in Hand gehen mit der Ausbildung von Massregeln, welche dem Kläger gegen einen solchen gewährt wurden.

Nach dem alten Civilrecht, das bei absentia des Beklagten keine Hilfe bot[1]), war eine Vertretung desselben kein, oder wenigstens kein dringendes Bedürfniss. Nur insofern hätte man darauf verfallen können, eine Vertretung abwesender Beklagter zuzulassen, als man dieselben in gewissen Fällen nothwendiger Reisen vor den Nachtheilen des Nichterscheinens in jure nach erfolgter in jus vocatio und vindicis datio oder nach erfolgtem vadimonium oder des Nichterscheinens in judicio hätte schützen wollen. Dass aus diesem Grund eine Vertretung des Beklagten ausgebildet worden sei, ist desshalb sehr unwahrscheinlich, weil bei den Bestimmungen der Termine und Fristen, wenn der Process einmal eingeleitet war, recht wohl auf etwaige vorauszusehende Abhaltungen Rücksicht genommen werden konnte und weil bei gewissen unvorhergesehenen Abhaltungen, wenigstens beim Nichterscheinen in judicio, von selbst Terminsverlegung Platz griff.

Als mit der Zeit die Interessen der durch die Abwesenheit des Schuldners hingehaltenen Gläubiger zur Ausbildung von Massregeln gegen den letzteren drängten, musste man, wenn man nicht in eine andere Unbilligkeit verfallen wollte, auch auf die Zulassung einer Vertretung des Abwesenden Bedacht nehmen.

Dass die defensorische Vertretung in diesem Zusammenhang ausgebildet wurde, wird bewiesen durch die l. 1 D. de neg. gestis 3, 5, in welcher die Nothwendigkeit der actio negotiorum gestorum contraria, des unvermeidlichen Correlats der defensorischen Vertretung, aus der Unbilligkeit, die sonst in dem Verfahren gegen den indefensus liegen würde, abgeleitet wird[2]).

---

[1]) Ueber die Massregeln gegen den qui exsilii causa solum verterit cf. Bethmann-Hollweg I, § 34, N. 9.

[2]) Die Stelle lautet: Ulpianus libro decimo ad edictum: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant. — Als selbstverständliche Ergänzung ist hinzuzudenken: Denn wenn es keine actio negotiorum gestorum gäbe, würde niemand sich der Angelegenheiten des Abwesenden annehmen, niemand ihn vertreten.

Zu prüfen ist, welche Gestaltungen für eine aus diesem Grunde zugelassene Stellvertretung möglich waren:

Vom modernen Standpunkt aus erscheint die Zulassung bevollmächtigter Vertreter, welche Wirkung für den Vertretenen herstellen, als das Nächstliegende. Wer nicht das Verfahren gegen den indefensus erleiden will, der soll sich für einen bevollmächtigten Vertreter sorgen.

Nach älterem römischen Recht würden dieser Gestaltung mannigfache Hindernisse in dem Weg gestanden sein.

Eine Specialvollmacht wäre wohl bei den damaligen Verkehrsverhältnissen von einem Abwesenden in vielen Fällen gar nicht, in den meisten nur mit grossen Schwierigkeiten zu erlangen gewesen. Dass man einen bestimmten Rechtsstreit voraussieht und vor der Abreise einen Specialvertreter bevollmächtigen kann, wird nur selten möglich sein. Es hätte sich also wesentlich um die Zurücklassung von Generalprokuratoren gehandelt. Die ausschliessliche Zulassung von Generalbevollmächtigten hätte aber entschieden dem Bedürfnisse nicht genügt, da ein solcher wohl nur von den Reicheren beschafft werden konnte. Ausserdem mochte man auch in der Herbeiführung der Processwirkungen für den absens durch einen solchen Generalbevollmächtigten eine zu grosse Härte erblicken, da der letztere in den häufigsten Fällen ohne Instruktion hätte processiren müssen. Denn so schwierig es bei den damaligen Verkehrsverhältnissen war, eine Specialvollmacht von dem absens zu erlangen, so schwierig war es auch, sich genügende Instruktion zu verschaffen. Man könnte hiegegen einwenden, dass zu anderen Zeiten unter ganz ähnlichen Verhältnissen dem Abwesenden zugemuthet worden sei, derartige aus der Processführung seines Generalbevollmächtigten entspringende Nachtheile zu leiden. Dieser Einwand ist jedoch nicht stichhaltig. Denn wenn man auch anderwärts von andern Anschauungen ausging, so bleibt doch möglich, dass die Römer gerade diesen Gesichtspunkt beachteten und in den Vordergrund stellten.

Bedenkt man endlich noch die Schwierigkeiten, welche eine Liquidstellung der Vollmacht bei dem erklärlichen Zurücktreten schriftlicher Formen in jener Zeit gehabt hätte und die Collisionen, in die man gekommen wäre, wenn man einen Vertreter, der Wirkungen für den Vertretenen herbeiführen soll, auf Grund einer nicht liquiden Vollmacht zugelassen hätte [1]), so wird es sehr be-

---

[1]) In Collisionen mochte man namentlich mit dem Satz „bis de eadem

greiflich erscheinen, dass das römische Recht bei der Ausbildung einer Vertretung für abwesende Beklagte nicht zu einer Verwerthung oder Entwicklung des Vollmachtsgedankens gelangt ist.

Beim Processiren von Vertretern ohne oder ohne liquide Vollmacht war die Herbeiführung einer Wirkung für den Vertretenen von vornherein ausgeschlossen. Dieselben mussten, wenn sie zum Process zugelassen werden wollten, selbst für die vom Kläger erstrebte Wirkung einstehen, und wenn der Kläger nicht in Nachtheil kommen sollte, musste er bezüglich der Thatsache, dass er durch den Process zu dem gewünschten Resultat gelangen werde, Sicherheit haben. Der Vertreter war dann auf den Regress gegenüber dem Vertretenen anzuweisen.

So kam man denn innerhalb des Formularprocesses, soweit pecuniaria condemnatio Platz griff, zu der Gestaltung, dass man ohne nach Vollmacht oder Auftrag zu fragen, jeden unbescholtenen Bürger zur Processführung für einen abwesenden Beklagten zuliess, wenn er die Schuld selbst übernahm und dem Kläger für die Bezahlung derselben genügende Sicherheit verschaffte. Die Konstituirung des judicium wurde von der Leistung hinreichender satisdatio judicatum solvi abhängig gemacht. Fand sich aber ein defensor, welcher solche zu leisten bereit war, so wurden dem Kläger die sonst zulässigen Massregeln gegen den indefensus verweigert. Durch die Konstituirung des judicium, Litiscontestation oder Formulaertheilung [1]), vollzog sich eine definitive Uebertragung der Schuld auf den defensor. Der Kläger verlor seinen Anspruch gegen den Vertretenen und erhielt durch das ihm günstige Ur-

---

re ne sit actio" kommen. Denn hätte sich herausgestellt, dass Vollmacht nicht vorlag, so hätte eine Wiederholung des Processes möglich sein müssen.

[1]) Den letzteren Vorgang sieht Schultze (Privatrecht und Process S. 272. 330 ff.) als den entscheidenden an, und zwar hängt dies mit seiner ganzen Auffassung der formula als eines Urtheils zusammen. Für eine Auseinandersetzung mit dieser Ansicht ist hier nicht der Ort. Es mag jedoch beiläufig eine Stelle erwähnt werden, welche uns vorderhand in entschiedener Weise gegen die Schultze'sche Auffassung von der Bedeutung der Formelertheilung gegenüber und Bedeutung der Litiscontestation als eines derselben vorausgehenden Rechtsgeschäfts der Parteien zu sprechen scheint, nemlich die l. 76 D. de proc. et def. 3, 3, welche lautet: Julianus libro quinto ad Minicium: Titius cum absentem defenderet, satis dedit et priusquam judicium acciperet desiit reus solvendo esse: quam ob causam defensor recusabat judicium in se reddi oportere. quaero, an id ei concedi oporteat. Julianus respondit: defensor cum satis dedit domini loco habendus est etc.

theil einen Executionsanspruch gegen den defensor. Diese Uebertragung kennzeichnete sich in der Formel selbst durch die Umstellung der condemnatio. —

Wenn nun auch das Bedürfniss einer Vertretung Abwesender den Anlass zur Ausbildung der defensorischen Vertretung gab, so konnte man doch dabei unmöglich stehen bleiben. Die Gestaltung dieser Vertretung musste den Gedanken nahe legen, dass, wie es dem Kläger gleichgiltig sein könne, von wem er das Geld bekomme, es ihm auch gleichgiltig sein müsse, mit wem er processire, wenn nur sicher stehe, dass er im Fall des Siegs das Geld bekomme. So wurde man unwillkürlich zur Zulassung einer defensorischen Vertretung auch für Abwesende gedrängt.

Die defensorische Vertretung kann nur da rein zur Anwendung kommen, wo das Verfahren lediglich auf eine pecuniaria condemnatio ausläuft. Sobald weitere Wirkungen hinzukommen, ergeben sich auch bezüglich der Gestaltung der Vertretung Complicationen. So schon im dinglichen Rechtsstreit wegen der Möglichkeit einer Realrestitution [1]), und in mehreren anderen Fällen, von deren Aufzählung hier abgesehen werden kann. Es wurden hier die bei der sofort zu schildernden Vertretung auf klägerischer Seite zur Anwendung gebrachten Mittel mit denen der defensorischen Vertretung combinirt.

Ebenfalls dem Bedürfniss einer Vertretung Abwesender verdankt ihre Entstehung und nähere Gestaltung die erste auf klägerischer Seite entwickelte Vertretung, welche wir als prokuratorische Vertretung bezeichnen [2]). Auf die Dauer konnte man bei der immer mehr um sich greifenden Erweiterung des Gebiets und der dadurch herbeigeführten Vervielfältigung der Gründe, von Rom abwesend zu sein, bei der lex Hostilia nicht stehen bleiben. —

Untersuchen wir auch hier zunächst, wie sich eine Vertretung innerhalb der Fälle gestalten konnte, in welchen der klägerische Anspruch in letzter Linie auf Erlangung einer Geldsumme ge-

[2]) cf. Gaius in l. 40, § 2 D. de proc. et def. 3, 3.

[2]) cf. oben S. 93 N. *. Der im Folgenden zu Grund gelegte Gedanke, dass die prokuratorische Vertretung von Haus aus eine Vertretung Abwesender gewesen sei, ist zuerst von Eisele, Cognitur und Prokuratur S. 58 ff., ausgesprochen und begründet worden.

richtet war, so ergibt sich bezüglich der positiven Wirkungen des Processes Folgendes:

Der Process zielte darauf ab, dass Zahlung vom Schuldner erlangt wurde, eventuell mit Execution gegen ihn vorgegangen werden konnte. — In dieser Beziehung mussten nun bei Abwesenheit des vertretenen Klägers auch noch in den ersten Zeiten des Formularprocesses dieselben Schwierigkeiten entstehen, wie wir sie für die Zeit des Legisaktionenprocesses in § 4 (S. 26) schon constatirt haben. Sofern der Vertreter zum Zahlungsempfang und zur Execution legitimirt werden musste und sofern es vielfach von Vortheil war, wenn derselbe auch in gewissem Umfang über den Anspruch des dominus disponiren konnte, lag es nahe, den Vertreter selbst in ein Gläubigerverhältniss treten zu lassen, und zwar, wenn dies doch einmal geschah, möglichst bald, um dem Gegner möglichst bald die Gelegenheit zu verschaffen, sich mit dem Vertreter abzufinden. Eine derartige Construktion lag um so näher, als sie schon in demjenigen Fall der Vertretung Abwesender, welcher im Legisaktionenprocess zugelassen war, bei dem agere ex lege Hostilia, wie wir gesehen haben, Verwendung gefunden hatte.

Man könnte fragen, warum man denn nicht dazu gelangt sei, aus Anlass der Entwicklung einer processualen Vertretung Abwesender, den Gedanken eines Eigenthumserwerbs durch Stellvertreter sowie einer direkten Stellvertretung beim Vergleich auszubilden. Darauf ist zunächst zu erwidern, dass man bei der Bildung neuer Rechtsinstitute gewöhnlich denjenigen Gestaltungen den Vorzug geben wird, welche möglichst wenig in andere Gebiete übergreifen.

Ganz besonders ferne lag aber eine solche Construktion in unserem Fall in Folge der anfänglichen Behandlung des Legitimationspunkts bei diesen processualen Vertretern. Dieselbe liess nicht zu, dass durch die Zahlung an den Vertreter die Schuld des Beklagten gegen den Vertretenen getilgt wurde, geschweige denn, dass der Vertreter unmittelbar über den Anspruch des dominus hätte verfügen können.

Die Schwierigkeiten, welche der Liquidstellung einer Vollmacht, die Beschaffung einer Spezialvollmacht nebst Instruktion entgegengestanden, die Härten, welche bei blosser Generalvollmacht in der Herbeiführung der negativen Wirkungen des Processes für den Vertretenen enthalten gewesen wären, sind ganz

dieselben, wie sie bei der Vertretung auf beklagtischer Seite geschildert wurden. Alles zusammen genügte, um auch hier die Verwendung des Vollmachtsbegriffes auszuschliessen.

Hatte man aber Vertreter ohne Vollmacht, Vertreter, welche möglicherweise ohne den Willen des dominus klagten, so war es unmöglich, sowohl durch eine Zahlung an den Vertreter Liberation bewirken zu lassen, als beim Unterliegen des Vertreters den dominus von der Wiederholung des Processes auszuschliessen. So lag denn die Gestaltung sehr nahe, dass man die negativen Wirkungen des Processes für den dominus nicht eintreten liess, den Vertreter aber nöthigte, den Gegner gegen die Gefahr eines nochmaligen Processes mit dem dominus sicherzustellen [1]). — Auf diese Weise kam man zu der eigenthümlichen Bildung, dass ein neues Obligationsverhältniss zwischen Beklagtem und Vertreter begründet wurde, ohne dass das Verhältniss, in dem der Beklagte zum Vertretenen stand, sich löste [2]).

Irrthümlich wäre die Annahme, es sei ursprünglich jeder negotiorum gestor, der Caution leistete, zur Klage für den absens zugelassen worden. Durch die Caution allein wären die Interessen des Beklagten noch nicht genügend gewahrt gewesen. Man bedenke die schwer in Geld anzuschlagenden Unannehmlichkeiten der Processführung, namentlich aber die in Folge der Nichtconsumption des klägerischen Rechts fortdauernde Rschtsunsicherheit. — Gegen eine so weitgehende Zulassung klägerischer Vertretung in früherer Zeit spricht auch die spätere Beschränkung. Es war gewiss nicht römische Art, voreilig Vertretung in weiterem Umfang zuzulassen, als sich später als haltbar erwies.

Möglich ist, dass die Zulassung eines Vertreters zur Klage anfänglich nur casuistisch auf Grund prätorischer Cognition erfolgte [3]), möglich auch, dass die klägerische Vertretung von Haus aus an das jenseits des Processes entwickelte Institut des procurator omnium bonorum angeknüpft wurde [4]). Wenn auch, wie wahrscheinlich

[1]) Ob die Caution ursprünglich eine cautio amplius neminem petiturum oder eine cautio rati gewesen, bleibt dahingestellt. cf. u. S. 102 N. 4.

[2]) So auch Eisele l. c. S. 66, 67.

[3]) Die Notiz des Gaius IV, 84: „quin etiam sunt, qui putant, vel eum procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum“ könnte möglicherweise auf einen solchen früher vorhanden gewesenen Zustand hinweisen.

[4]) Ueber die Stellung desselben ist zu vergleichen Pernice, Labeo I,

ist, die Zulassung sich nicht gerade auf den procurator omnium bonorum beschränkte, so hat derselbe doch jedenfalls von Anfang an unter den zugelassenen Vertretern eine besonders wichtige Stellung eingenommen.

Die Zulassung klägerischer Vertreter musste sich, sofern die Basirung auf Vollmacht ausgeschlossen war, darauf gründen, dass aller Wahrscheinlichkeit nach eine Genehmigung der Processführung seitens des absens zu erwarten stand, die Gefahr doppelter Processführung eine äusserst geringe war [1]). Diese Erwartung war bei einer Person, welche alle Geschäfte des absens besorgte, besonders berechtigt, denn es liess sich vermuthen, dass derselbe dem Willen des Principals gemäss in dieser Weise fungirte. Die Prüfung der Frage, ob die Person, welche zur Klage zugelassen werden wollte, in einer solchen Stellung sich befinde, also z. B. allgemeiner Geschäftsführer thatsächlich sei, war, wie wir annehmen dürfen, in dieser Zeit noch Sache des Prätors.

Dies die Ausgangspunkte der defensorischen und prokuratorischen Vertretung! —

Auf beiden Seiten findet man übereinstimmend die Gestaltung, dass der Vertreter selbst in ein materielles Rechtsverhältniss zum Gegner trat. Damit war aber auch verbunden die Begründung eines festen Streitverhältnisses zwischen Vertreter und Gegner, wie wir es schon für die Vertretung im Legisaktionenprocess constatirt haben. Ein Eintritt des dominus in den Process war nur auf Grund einer translatio judicii durch den Praetor möglich. — Eine solche griff bei der defensorischen Vertretung schwerlich Platz, ohne dass alle Betheiligten sich dahin geeinigt hatten, bei der prokuratorischen Vertretung aber wohl, sobald der dominus zurückgekehrt war und er oder der Beklagte die translatio verlangte [2]). Aus demselben Gruud musste hier

---

488. Wlassak, zur Geschichte der neg. gestio, S. 40 ff. Eisele, Cognitur und Prokuratur, S. 58 ff. cf. auch Schlossmann, Besitzerwerb durch Dritte S. 89 ff.

[1]) Der im Text angeführte Gedanke ist von Eisele l. c. genauer dargelegt worden.

[2]) Auch für die ältere Zeit scheint sich dies aus der Natur der Sache zu ergeben. Positive Nachrichten sind nicht vorhanden, die Digestenstellen über translatio judicii, namentlich l. 17—25 de proc. et def. 3, 3 für diese Zeit nicht zu verwerthen (cf. übrigens Vat. fr. § 332). Eine Befriedigung des procurator wegen seiner Auslagen musste wohl schon hier vor der trans-

wohl eine Rückübertragung der actio judicati auf den zurückgekehrten dominus erfolgen.

Während nun die defensorische Vertretung keine weitere Entwickelung durchgemacht hat, gingen bei der prokuratorischen sowohl bezüglich der Behandlung des Legitimationspunkts als bezüglich der Wirkungen des Processes mannigfache tief einschneidende Veränderungen vor sich. Dieselben sind von Eisele in seiner „Cognitur und Prokuratur" in verdienstvollster Weise dargelegt worden.

Gestützt finden wir die Prokuratur, ohne dass wir den Uebergang im einzelnen verfolgen können, in der späteren Zeit auf Mandat. Mit Ausnahme bestimmter Personen darf niemand ohne Mandat, jeder mit Mandat, sei es nun General- oder Spezial-Mandat für einen andern processiren. Abwesenheit des dominus ist Voraussetzung für die Zulässigkeit der Vertretung nicht mehr.

Der Mangel des Mandats hatte die Wirkung, dass der Vertreter, wenn der Gegner es verlangte, mit seiner Klage abgewiesen wurde, sei es in jure, wenn der Mangel hier schon feststand, sei es in judicio in Folge der Einrückung einer exceptio procuratoria in die Formel [1]).

Lag Mandat vor, so hatte das zunächst, jedenfalls bei der Vertretung Abwesender, nicht die Wirkung, dass das Klagrecht des dominus consumirt wurde. Das Mandat wurde aufgefasst als ein Vorgang lediglich zwischen Mandanten und Mandatar, dem eine Wirkung gegenüber Dritten, eine „übergreifende Wirkung" wie es Eisele nennt, nicht zukommen konnte. Das Recht des Gegners, Nachweis eines Mandats zu verlangen, gründete sich darauf, dass beim Vorliegen eines solchen mit aller Wahrscheinkeit Genehmigung der Processführung erwartet werden durfte.

Erst im Lauf der Zeit hat sich durchgehend eine übergreifende Wirkung des Mandats entwickelt und von da an hat

---

latio Platz greifen und es konnte aus diesem Grund causae cognitio nothwendig sein.

[1]) Ueber die Bedeutung der exceptio procuratoria mangels Mandats, ihre Natur als exceptio, die Beweislast cf. Eisele l. c., S. 186 ff., durch dessen Ausführungen die früheren grundlegenden Untersuchungen Bülow's (Processeinreden und Processvoraussetzungen, S. 30 ff.) theilweise berichtigt werden.

die cautio rati nur noch die Bedeutung einer Sicherstellung des Gegners gegen Mangel des Mandats[1]).

Die Zeit, in der dem Mandat allgemein übergreifende Wirkung beigelegt wurde, ist nach EISELE's Ansicht das Jahr 227 p. Chr., in welchem ein Reskript des ALEXANDER SEVERUS diese Bestimmung getroffen haben soll[2]). Jedenfalls fällt diese Aenderung in die Zeit nach GAIUS.

Eine Erklärung kann nun in Beziehung darauf verlangt werden, wie es denn möglich gewesen sei, dass dem Mandat keine übergreifende Wirkung beigelegt wurde, während dasselbe doch eine solche Wirkung auf anderen Gebieten, so z. B. bei der Tradition gehabt habe[3]), und während die Ratihabition, der man Consumptionswirkung beigelegt habe, ihrerseits möglicherweise nur in einem Vorgang zwischen Vertreter und dominus habe bestehen können.

Wir lassen dahingestellt, ob die letztgenannten Aufstellungen richtig sind[4]). — Es dürfte sich nemlich schon aus dem früher

[1]) Ueber den Gang dieser Entwicklung ist zu vergleichen EISELE l. c. § 36 (namentlich S. 176 ff.), welcher annimmt, dass zunächst beim procurator praesentis und apud acta factus, dann auch beim gewöhnlichen Specialmandatar und demjenigen Generalmandatar, welchem die Geschäftsführung ohne alle Ausnahme übertragen war, übergreifende Wirkung des Mandats eintrat. Ob die letztgenannte Aufstellung EISELE's viel Wahrscheinlichkeit für sich hat, kann hier dahingestellt bleiben.

[2]) c. 10 C. I. de proc. 2, 12 und das Scholion des Thaleläus dazu (Bas. ed. HEIMBACH I, p. 405), EISELE, S. 182 ff.

[3]) l. 38 § 1 D. sol. matr. 24, 1; l. 9 § 2 D. de don. 39, 5; l. 9 § 4 D. de acq. rer. dom. 41, 1.

[4]) Es ist nicht nur möglich, sondern sogar wahrscheinlich, dass die Ratihabition eine ähnliche Geschichte gehabt hat, wie sie für den Vollmachtsbegriff von EISELE nachgewiesen wurde, dass nemlich ursprünglich diejenige Ratihabition, welche consumirende Wirkung hatte, eine ausdrückliche Erklärung des dominus gegenüber dem Processgegner gewesen ist und dass erst allmählich auch die in concludenten Handlungen sich äussernde voluntas domini massgebend wurde, vielleicht sogar später ausdrücklicher Protest nach erfolgter Kenntnissnahme von der Processführung verlangt wurde, wenn nicht Ratihabitionswirkungen eintreten sollten. Damit könnte die ursprüngliche Anwendung einer cautio amplius non peti, das spätere Aufkommen einer cautio rati und die schliessliche Verschmelzung beider Cautionen zusammenhängen, cf. CICERO, Brutus § 17, 18, l. 15 D. rat. rem. 46, 8.

Zu der ganzen Ausführung ist auch zu vergleichen l. 12 § 2 D. eod. 46, 8 aus der jedenfalls soviel hervorgeht, dass für das Vorliegen der Ratihabition nach JULIAN nicht die blosse voluntas domini entscheidend sein konnte.

Hervorgehobenen genügend erklären, warum man davon absah, dem Mandat Vollmachts- und damit Consumptions-Wirkung beizulegen. — Bei Generalmandataren blieb immer noch die Gefahr für den dominus bestehen, durch instruktionsloses Processiren des Vertreters wichtige Rechte zu verlieren und auch beim Spezialmandat mochte die Beschaffung des Mandats selbst leichter sein als die Beschaffung einer Instruktion. Für einen absens konnte es desshalb von grossem Werth sein, auch auf die Gefahr hin die cautio rati ersetzen zu müssen, den Process wieder aufnehmen zu dürfen. — Ausserdem war bei dieser Gestaltung der dominus absens gegen jede Collusion und jede Nachlässigkeit des Prokurators gesichert. Hatte man nun schon früher dem Gegner zugemuthet, bei einem gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit späterer Ratihabition sich die Klage eines nichtconsumirenden Vertreters gefallen zu lassen, so ist es leicht erklärlich, dass man die genannten Interessen des dominus absens auch noch fernerhin berücksichtigte, nachdem man das Mandat zum Legitimationsgrund für die Vertretung erhoben hatte. Es ist dabei auch noch zu bedenken, dass die absentia und das Processiren durch procuratores gerade bei den vornehmen Römern, die zugleich den hervorragendsten Antheil an der Rechtsbildung hatten, am häufigsten vorkam, und dass sich desshalb eine besondere Berücksichtigung ihrer Interessen wohl begreifen lässt. — Die spätere Herbeiführung der negativen Wirkungen des Processes durch jeden procurator mit Mandat würde sich dann daraus erklären, dass von irgend welcher Seite, wahrscheinlich von Seiten der Kaiser, die bisher zurückgedrängten Interessen der Beklagten mehr in den Vordergrund gerückt wurden. Möglich ist auch, dass eine Entwicklung der Verkehrsverhältnisse, welche den brieflichen Verkehr erleichterte, dazu beigetragen hat.

Die genannten Gründe, welche gegen die Consumption sprechen, kommen alle nur beim procurator absentis in Betracht. Es ist desshalb anzunehmen, dass der procurator praesentis entweder von Anfang an consumirte, oder dass sich doch die Herbeiführung der negativen Wirkungen durch ihn bald entwickelt hat.

Ob die Consumption, wo sie eingeführt wurde, direkt eintrat bezw. durch exceptio rei judicatae vermittelt wurde, oder ob man den Gedanken zuerst durch ein exceptio doli zur Geltung brachte, muss dahingestellt bleiben.

Was die positiven Wirkungen des Processes betrifft, so wäre in der späteren Zeit das Bedürfniss den procurator zum Gläubiger zu machen, nicht mehr in der oben geschilderten Weise vorhanden gewesen. Denn der Beklagte hätte eventuell durch den procurator an den dominus zahlen können und der procurator war auch als solcher in der Lage, in gewissem Mass über den Anspruch des dominus zu verfügen, sofern beim pactum de non petendo direkte Stellvertretung zugelassen gewesen sein dürfte [1]). Dennoch blieb die Prokuratur auf indirekte Stellvertretung angelegt, und er wurde, wenn keine besonderen Gründe zu anderer Behandlung vorlagen, dem procurator actio judicati ertheilt, während allerdings die Möglichkeit bestand, dieselbe auf den dominus auf dessen oder des Gegners Verlangen zu übertragen. Es war nicht allein die Macht des Herkommens, welche die Beibehaltung der älteren Construktion veranlasste, sondern es sprachen entschieden praktische Gründe dafür. Es wurde durch die Formelumstellung und die Ertheilung der actio judicati an den Vertreter immer noch das erreicht, was heutzutage der Rechtssatz besagen würde: „ein bestimmter processualer Vertreter gilt im Zweifel als zum Zahlungsempfang und zur Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens legitimirt. Will der dominus selbst die Zwangsvollstreckung in die Hand nehmen, so mag er sich darum umthun". — Vor Uebertragung der actio judicati auf den dominus musste immer causae cognitio erfolgen, schon um zu constatiren, dass der procurator nicht procurator in rem suam ist, und zwar musste bei dieser causae cognitio selbstverständlich der procurator gehört werden [2]).

2. § 16. Die cognitorische Vertretung.

In die Zeit nach Ausbildung der defensorischen und der ersten prokuratorischen Vertretung fällt, wie schon angedeutet, Entwicklung der Cognitur. — Hervorgegangen ist diese Entwicklung aus dem Bedürfniss einer Vertretung anwesender Personen,

---

[1]) cf. MITTEIS, Die Lehre von der Stellvertretung, S. 76.

[2]) Ob bei gewissen Arten von Prokuratoren, vor allem also beim procurator praesentis anderes galt, wird sich mit Sicherheit nicht mehr feststellen lassen. Es scheint, dass hier immer causae cognitio erfolgen musste (cfr. § 331 der fr. Vat.).

nemlich Alterschwacher und Kranker, wie aus auctor ad Herennium II, 13 § 20 zu entnehmen ist. — Den Legitimationsgrund bildet eine ausdrückliche bestimmte Vollmachtserklärung dem Gegner gegenüber Seitens des dominus. Von hier aus hat sich diese Vertretung innerhalb der condemnatorischen Formel zu einer allgemeinen Vertretung Anwesender auf aktiver wie auf passiver Seite entwickelt.

Was die nähere Gestaltung derselben betrifft, so steht ausser Zweifel, dass der cognitor die negativen Wirkungen für und gegen den dominus herbeiführte [1]). Dies und im Zusammenhang damit der Wegfall der cautio rati war bei der Liquidität der Legitimation [2]) selbstverständlich. — Ganz fest steht weiter, dass wie bei der Procuratur die condematio auf den Vertreter abgestellt wurde, sowie dass der cognitor während der Dauer des Processes nicht zum Zahlungsempfang und nicht zu sonstigen Verfügungen über den Streitgegenstand legitimirt war. Dass er auch nach Beendigung des Processes von Haus aus nicht zum Zahlungsempfang legitimirt gewesen sei, nicht actio judicati gehabt habe, und solche auch nicht gegen ihn gegeben worden sei, bedarf nach den Ausführungen EISELE's einer besonderen Darlegung. Ebenso bedarf einer besonderen Betrachtung die Frage, welche Stellung der klägerische dominus während des Processes eingenommen habe.

In letzterer Beziehung scheint sich aus der Natur der Sache zu ergeben, dass der dominus während des Prozesses zum Zahlungsempfang sowie zur sonstigen Verfügung über die Streitsache, zum Erlass und Vergleich, legitimirt gewesen sein muss. — Dies ist neuerdings von EISELE in seiner Cognitur und Prokuratur S. 105 ff. bestritten worden. Derselbe nimmt an, dass während des Processes die Möglichkeit einer Zahlung, eines Vergleichs u. s. w., sofern nicht eine Einigung sämmtlicher Betheiligten erfolgte, ausgeschlossen gewesen sei. — Ein derartiger Rechtszustand wäre an sich wohl möglich. Zwar musste der Gegner unbedingt in der Lage sein, den weiteren Process durch Zahlung abschneiden zu können, er musste einen bestimmten Gläubiger haben. Allein man könnte sich das materiellrechtliche Verhältniss

---

[1]) cf. GAIUS IV, 98. Dass ipsojure-Consumption eingetreten sei, wie EISELE, Cogn. u. Prok. S. 75 annimmt, konnten wir in den Quellen nirgends finden.

[2]) cf. über die Liquidstellung derselben unten S. 110.

so denken, dass nach der Litiscontestation nur noch cognitor und dominus zusammen über den Anspruch verfügen können, dass nur mit Einwilligung des cognitor an den dominus gezahlt werden kann. Es müsste jedoch von einer so eigenthümlichen Bildung, einem solchen Gesammtverfügungsrecht, doch wohl irgend welche Spur vorhanden sein.

Nun ist aber nicht nur eine solche Spur nirgends zu finden, sondern es ist eine Stelle vorhanden, aus welcher positiv das alleinige Verfügungsrecht des dominus hervorgeht.

Nachdem nemlich die Aufstellung EISELE's, dass bei dem in der Rede CICERO's pro Roscio erwähnten Process zwischen Fannius und Flavius wegen Tödtung des Sklaven Panurgus Fannius erst in judicio als cognitor des Roscius eingetreten sei, zurückgewiesen ist, (vgl. oben § 14), beweist der Umstand, dass Roscius während der Dauer des Processes einen Vergleich mit Flavius abschliessen konnte [1]), mit absoluter Sicherheit gegen die EISELEsche Ansicht.

Was die Stellung des cognitor nach gefälltem Urtheil betrifft, so bestreitet EISELE zwar nicht, dass gewöhnlich die actio judicati wie gegen so auch für den dominus durch den Praetor gegeben wurde, er polemisirt ausdrücklich gegen die Ansicht von VON SALPIUS [2]) dass die actio judicati urspünglich für und gegen den cognitor ertheilt worden sei. Diese Thatsache ist, auch abgesehen von dem Zeugniss des § 317 der Vat. fr., so sehr in der Natur des ganzen Instituts begründet, dass sie unmöglich verkannt werden kann. Aber er nimmt an, dass die Ertheilung der actio judicati für und gegen den dominus immer nur auf Grund einer causae cognitio habe erfolgen können, dass deshalb ein durchgreifender Unterschied zwischen der Stellung des cognitor und der des procurator nicht constatirt werden könne.

Die Nothwendigkeit einer causae cognitio für alle Fälle kann aus den Quellen nicht nachgewiesen werden [3]). Der § 331 der fr. Vat. spricht zunächst nicht vom cognitor, sondern vom procurator praesentis; der Grund, dass dieser pro cognitore habetur,

---

[1]) cf. CICERO pro Roscio § 35 und WACH zu KELLER, N. 716a.

[2]) Novation und Delegation, S. 372 ff.

[3]) WACH in N. 716a zu Keller's Civilprocess (6. Aufl.) scheint den von EISELE für die Nothwendigkeit einer causae cognitio versuchten Quellenbeweis als gelungen anzusehen.

kann möglicherweise nur in der Richtung angeführt sein, dass daraus überhaupt eine Ertheilung der actio judicati für und gegen den dominus folge. Die causae cognitio kann recht wohl eine nur beim procurator praesentis zutreffende Gestaltung sein. Gegen die Nothwendigkeit einer causae cognitio spricht, wenn auch allerdings nicht entscheidend, die l. 7 C. Th. 2. 12, wo es heisst, dass die actio judicati gegen den dominus „sine ulla cunctatione" gegeben werde. Der Hauptgrund für EISELE ist der, dass während des Processes der gewöhnliche cognitor von einem cognitor in rem suam sich gar nicht unterschieden habe, dass dieses interne Verhältniss zwischen dominus und cognitor bis nach Fällung des Urtheils weder dem Gericht noch dem Gegner gegenüber zum Ausdruck gekommen sei. — Erst bei der causae cognitio vor Ertheilung der actio judicati, bei der dann wohl nach EISELE's Ansicht alle Betheiligten Gehör finden mussten, sei dieses Verhältniss klargestellt worden. — Diese Ansicht erscheint nach den obigen Ausführungen nicht haltbar. War beim Processiren des gewöhnlichen cognitor der dominus zur Verfügung über den Streitgegenstand berechtigt, bei dem eines cognitor in rem suam, wie man wohl ebenfalls in Folge des ganzen Zwecks dieses Instituts annehmen muss, dieser, so musste zum allerwenigsten der beklagte Gegner wissen, ob er es mit einem cognitor in rem suam oder mit einem cognitor in rem domini zu thun habe. Die beiden Arten der Cognitorbestellung müssen sich also unterschieden haben [1]. Bei der Vertretung des Beklagten dürfte das Sachverhältniss einen einfachen Ausdruck auch dadurch gefunden haben, dass in einem Fall der dominus, im andern der cognitor cautio judicatum solvi bestellte. Schon bei dieser Sachlage war eine causae cognitio, wenn solche nicht vom Gegner beantragt wurde, überflüssig. Allein es ist auch noch weiter anzunehmen, dass die Qualität des cognitor gerichtsbekannt werden musste [2]. Der Richter musste [3] z. B. bei der Anstellung einer rei vindicatio durch

[1] Man wird dagegen nicht anführen wollen, dass GAIUS IV, 83 die anders lautende Form der Bestellung eines cognitor in rem suam hätte anführen müssen, da dieser nach II, 39 ihm doch bekannt gewesen sei. — Dagegen wäre zu erwidern, dass GAIUS am erstgenannten Ort eben nur vom vertretenden cognitor redet.

[2] Auch wenn die Ansicht BÜLOW's (Processeinreden und Processvoraussetzungen, S. 38, N. 16) nicht richtig sein sollte.

[3] Zweifel darüber, ob bei der Cognitur der Restitutionsbefehl den

einen cognitor wissen, ob er den Restitutionsbefehl auf die Person des cognitor abstellen solle [1]). — War aber die Qualität des cognitor von vornherein gerichtsbekannt, so brauchte keine causae cognitio zu ihrer Feststellung mehr zu erfolgen. Ausserdem wird von EISELE angeführt, dass die causae cognitio dazu gedient habe, den cognitor wegen seiner Auslagen im Process sicher zu stellen. Dagegen ist zu erwidern, dass dieser Zweck bei der constatirten Möglichkeit einer Zahlung an den dominus während des Processes durch eine solche causae cognitio gar nicht erreicht werden konnte. Wenn ein solcher retentionsrechtlicher Anspruch des cognitor bezüglich der actio judicati anerkannt worden wäre, so hätte es genügt, dem cognitor das Recht zu geben, den Praetor um eine causae cognitio und Zurückhaltung der actio judicati anzugehen [2]).

Uebrigens ist, auch wenn man die Ansicht EISELE's von der regelmässig eintretenden causae cognitio als richtig zu Grunde legt, zu sagen, dass die eigentliche Cognitur von Haus aus darauf angelegt ist, dass actio judicati für und gegen den dominus gegeben wird. Die causae cognitio hätte nur dazu gedient, das Vorhandensein einer eigentlichen Cognitur im Gegensatz zur Cognitur in rem suam zu constatiren, und zwar wäre dabei, da auch nach EISELE's Ansicht die eigentliche Cognitur das ältere Institut war, im Zweifelsfall, wenn nicht Cognitur in rem suam besonders nachgewiesen wurde, eine solche anzunehmen gewesen.

Vergleicht man nun, indem man die bisherigen Ausführungen zu Grunde legt, den cognitor mit dem procurator, (den dem cognitor selbst nachgebildeten procurator praesentis ausgenommen) und dem defensor, so findet man, dass eines bei beiden gleichmässig stattfindet, nemlich die Konstituirung eines festen Streitverhältnisses zwischen dem Vertreter und dem Gegner durch die Ertheilung der subjektiv umgestellten Formel. Diese Wirkung

---

dominus nennen konnte, bei KELLER, N. 611. Dieselben sind jedoch nicht weiter begründet.

[1]) Ist demnach die Auffassung EISELE's von dem Verhältniss des cognitor zum cognitor in rem suam unrichtig, so können auch die Schlüsse, die er für die Geschichte der Cession daraus zieht, nicht zutreffen. Es ist hierauf jedoch an dieser Stelle nicht näher einzugehen. — Weiter fällt die Erklärung, welche EISELE von der Thatsache gibt, dass der beklagte dominus cautio judicatum solvi für den cognitor bestellen musste. Es lassen sich jedoch für diese Thatsache verschiedene Erklärungen denken.

[2]) cf. l. 25 i. f. D. de proc. et def. 3, 3.

besteht darin, dass der Vertreter an den Process gebunden ist, der dominus oder eine andere Person nur auf Grund einer translatio judicii in denselben eintreten kann. Insofern kann man sowohl bei der Prokuratur und Defension als bei der Cognitur von einem dominium litis des Vertreters sprechen. — Während nun aber beim procurator und defensor die weitere Wirkung eintritt, dass durch die Litiscontestation ein materielles Rechtsverhältniss zwischen dem Vertreter und dem Gegner entsteht, ist dies beim Cognitor nicht der Fall. Hier ist der Eintritt des Vertreters in das Rechtsverhältniss nur Schein. — In dieser Beziehung ist die Stellung des cognitor von der des procurator und defensor wohl zu unterscheiden und es ist kein Grund zu finden, warum man um diesen Unterschied hervorzuheben, nicht das dominium litis der letztgenannten Vertreter, d. h. ihre durch die Formelertheilung bewirkte Stellung als ein materielles, das des cognitor als ein formelles soll bezeichnen können [1]). In der Regel wird von dominium litis nur im Hinblick auf die Vertretung der cognitores und procuratores gesprochen. Man versteht darunter κατ᾽ ἐξοχήν die wirkliche oder scheinbare Abstellung der Urtheilswirkungen auf den Vertreter. In diesem Sinn werden auch wir im Folgenden den Ausdruck gebrauchen und wo von einem formellen dominium litis schlechthin ohne nähere Bezeichnung die Rede ist, da ist das dominium litis speziell des cognitor und ähnlicher Vertreter gemeint.

Fragt man sich, wie dieses rein formelle dominium litis des cognitor zu erklären sei, so ist nur die Erklärung möglich, dass man an dem bei der Prokuratur und Defension zur Anwendung gebrachten Mittel, den Vertreter durch subjective Umstellung der Formel in den Process einzuführen, festgehalten und dieses Mittel dadurch, dass man ihm die bei der Prokuratur Platz greifende materielle Wirkung nicht beilegte, und dass speziell die actio judicati für und gegen den dominus im Edikt verheissen wurde, dem neuen Zweck accomodirt hat.

Prüft man nun endlich auf Grund der bisherigen Ausführungen die auch von Eisele aufgeworfene Frage, ob man den Cognitor als einen direkten oder indirekten Stellvertreter zu be-

---

[1]) So Wach zu Keller, Civilprocess, N. 716a in der 5. Auflage, gegen den Eisele l. c. eingehend polemisirt. Gegen Eisele wiederum Wach in der 6. Aufl. von Keller's Civilprocess eodem loco.

zeichnen habe, so sind in dieser Beziehung verschiedene Standpunkte möglich, je nachdem man die Stellung des prätorischen Rechtes zum civilen auffasst. Geht man davon aus, dass nachdem einmal der Praetor die Formel mit Abstellung der condemnatio auf den cognitor ertheilt hat, die actio judicati nach Civilrecht für und gegen den cognitor eintrete und nur durch Vermittlung des Praetors auf den dominus übertragen werde, so wird man die Unmittelbarkeit des Eintritts der Wirkung für den dominus bestreiten und den cognitor als einen indirekten Stellvertreter bezeichnen.

Geht man dagegen davon aus, dass das Civilrecht gegenüber dem dasselbe modificirenden prätorischen Recht wirkungslos ist, der wirkliche Rechtszustand ausschliesslich durch das prätorische Edikt bestimmt wird, das für und gegen den dominus die actio judicati verheisst, so wird man den cognitor als direkten Stellvertreter anzusehen haben.

Das letztere dürfte vom Standpunkte des römischen Rechts nach dem edictum perpetuum die richtige Auffassungsweise sein. Im Folgenden werden wir den cognitor als einen direkten Stellvertreter mit formellem dominium litis bezeichnen.

Zum Zweck der Vollständigkeit und in gewissem Sinn zur Probe für das gewonnene Resultat ist noch ein kurzer Blick zu werfen auf die Art und Weise, wie die Legitimation dieser cognitores festgestellt wurde, speciell auf die Erklärung, welche Bülow in seinen „Processeinreden und Processvoraussetzungen" (S. 53 ff. und namentlich S. 64 ff.) für das Institut der exceptiones cognitoriae gegeben hat.

Als feststehend ist anzunehmen, dass bei mangelnder Fähigkeit des Klägers, einen cognitor zu geben, oder bei mangelnder Fähigkeit der zum cognitor bestellten Person, als solcher zu fungiren, eine exceptio cognitoria in die Formel eingerückt werden konnte, mit der Wirkung, dass im Fall des Nachweises eines solchen Mangels der Vertreter abgewiesen wurde, und dass auch dem Principal für den Fall einer Wiederholung des Processes die exceptio rei judicatae entgegen stand[1]).

---

[1]) Gaius IV, 124.

Bülow a. a. O. sucht diese Bestimmung daraus zu erklären, dass die exceptio cognitoria eine „Sachlegitimationseinrede", nicht eine „Processlegitimationseinrede" gewesen sei. Der cognitor sei Subject des Rechtsverhältnisses geworden, der dominus habe sein Klagerecht auf ihn übertragen. Desshalb sei die „Consumptionswirkung der exceptio cognitoria" vollständig parallel der obligationszerstörenden Kraft einer inutilis stipulatio bei der novatio voluntaria (cf. G. III, 176).

Von unserem Standpunkt aus können wir nun den Ausgangspunkt Bülow's, dass der cognitor in das Rechtsverhältniss des dominus eingetreten sei, nicht als richtig anerkennen. — Es will uns übrigens auch die weitere Argumentation Bülow's nicht einleuchten. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Eintritt des cognitor in das materielle Rechtsverhältniss die geschilderte Construktion erklärlicher machen soll. — Wenn eine Rechtsordnung bei einem Akt, bei welchem die Parteien die Uebertragung einer Rechtsbeziehung intendiren, statt nur die Uebertragung zu hemmen, die Rechtsbeziehung selbst untergehen lässt, so bedarf dies unseres Erachtens ebenso der Erklärung, wie wenn sie die Geltendmachung eines Klagerechts durch einen Vertreter in der Weise verbietet, dass bei einem Versuch solcher Geltendmachung das Klagerecht zerstört wird. — Wir lassen nun dahingestellt, worin die Erklärung des genannten Vorgangs bei der novatio voluntaria zu suchen ist, ob dieselbe in einer Isolirungstendenz des älteren römischen Rechts liegt [1]), oder ob dabei andere, materielle Gründe mit unterliefen; für die Gestaltung der exceptio cognitoria scheint uns der Grund nicht in formellen technischen Schwierigkeiten, und nicht in einer einseitigen Auffassung des älteren Rechts zu liegen, sondern aus einem positiven gesetzgeberischen Motiv sich zu ergeben [2]).

---

[1]) Hierin sucht auch Bülow l. c. N. 67 den „tieferen Grund" für die Gestaltung der Novation als der cognitoris datio.

[2]) Unhaltbar erscheint der Erklärungsversuch, welchen Schultze in seinem Privatrecht und Process, S. 314 ff. im Gegensatz zu Bülow aufgestellt hat: Derselbe behauptet, die Behandlung der exceptio cognitoria erkläre sich daraus, dass der cognitor direkter Stellvertreter und die Formel ein rechtskräftiges Urtheil sei. Dabei wird nun zunächst vorausgesetzt, dass auch der fälschlich bestellte cognitor „direkter Stellvertreter" sei, d. h. im Sinne Schultze's, dass er durch die mit dem Willen des dominus erhobenen Klage das Klagrecht desselben zerstöre. Warum aber das römische Recht dies angenommen hat, warum es nicht von der Vorstellung ausging, wenn dominus

Aus den Worten des GAIUS in Buch IV, § 124: quodsi dissimulaverit eam (sc. exceptionem cognitoriam) et per cognitorem egerit, rem perdit, scheint unmittelbar hervorzugehen, dass die Zerstörung des Klagerechts durch die Litiscontestation eines unerlaubter Weise bestellten cognitors eine Processstrafe wegen rechtswidrigen Verhaltens des ersteren war.

„Wenn der dominus den die cognitoris datio unmöglich machenden Thatbestand verheimlicht, soll er sachfällig werden."

Der dominus muss wissen, ob bei ihm eine Thatsache vorliegt, welche nach dem Edikt die cognitoris datio ausschliesst, seine Sache ist es auch, sich der Person seines cognitor insoweit zu vergewissern, dass er weiss, ob dieser nicht etwa Soldat oder mit Infamie behaftet ist. Es würde gewiss auch als keine zu grosse Zumuthung an den klägerischen Principal erscheinen, wenn man von ihm verlangt hätte, sich auch nach den Bestimmungen, unter welchen man durch einen cognitor klagen kann, zu erkundigen, und es wären desshalb, auch wenn man eine cognitoris datio ausserhalb des Verfahrens in jure annehmen würde, die Bestimmungen, betreffend die exceptiones cognitoriae, erklärlich. — Wir dürften aber wohl, eben auf Grund der citirten Gaiusstelle, noch weiter zu gehen und die cognitoris datio nicht nur für die Regel, sondern ausschliesslich in das Verfahren in jure zu verlegen, und noch weiter anzunehmen haben, dass der Gegner seine etwaigen Einwendungen gegen die cognitoris datio bei oder unmittelbar nach derselben vorzubringen hatte. (Es wäre nicht einmal unmöglich, anzunehmen, dass der Praetor selbst, wenn ihm die Sache zweifelhaft war, entsprechende Fragen stellte.) Nimmt

oder cognitor unfähig sind, so kommt keine giltige cognitoris datio zu Stand, so kann keine „direkte Stellvertretung", keine Consumption des Klagerechts, Platz greifen, das eben ist zu erklären. — Mit der Aufdeckung dieses Zirkels fällt auch die ganze übrige Argumentation SCHULTZE's, dass es sich höchstens um eine Wiederaufhebung der durch die litis contestatio des cognitor schon hervorgebrachten Wirkung hätte handeln können, und dass diese durch die Natur der Formel als eines rechtskräftigen Urtheils ausgeschlossen gewesen sei, in sich zusammen. Missverständlich ist es, wenn SCHULTZE am Ende der widerlegten Ausführungen den Satz aufstellt, die Behandlung der exceptio cognitoria sei die höchste Consequenz der consumirenden Wirkung der formula gewesen. Man könnte daraus schliessen wollen, jegliche Formelertheilung habe Consumption des Klagerechts mit sich bringen müssen, was doch beim klägerischen procurator gewiss nicht der Fall war).

man diese Gestaltung der Sache an, so war an den klägerischen dominus nur das Verlangen gestellt, nicht zu lügen oder wenigstens nicht in leichtfertiger Weise bestimmte Behauptungen über Thatsachen aufzustellen, über die er sich recht wohl informiren kann. Gab er die vom Gegner geltend gemachte Thatsache mangelnder Fähigkeit auf seiner oder des Vertreters Seite in jure zu, so konnte es nicht zur Formelertheilung mit exceptio cognitoria kommen, es erfolgte Denegation der durch den cognitor geltend zu machenden actio. — Erhob der Gegner keinen Einwand, so wurde die Formel ohne exceptio cognitoria ertheilt. In den wenigen Fällen, in denen eine formula mit exceptio cognitoria in Folge einer Täuschung des dominus ertheilt werden mochte, konnte durch in integrum restitutio geholfen werden.

Die exceptio cognitoria stellt sich in dieser Weise, verbunden mit der Consumption des Klagerechts durch die Litiscontestation des cognitor, dar als ein sinnreiches Mittel die beiden Zwecke, den Zwang gegen bestimmte Personen, ihre Processe selbst zu führen, und den Ausschluss bestimmter Personen von der Processführung für andere, mit dem Schutz des Gegners gegen die Gefahr zweimaliger Processführung zu vereinigen. — War eine wirksame cognitoris datio aus anderen Gründen ausgeschlossen, z. B. der Principal furiosus, so war die Einrückung einer exceptio cognitoria mit den genannten Wirkungen in die Formel unmöglich. Das Regelmässige dürfte hier, wenn Zweifel entstanden, vorläufige Aussetzung des Verfahrens in jure gewesen sein. Wenn aber je eine Formel mit exceptio cognitoria ertheilt wurde, so konnte diese Formelertheilung nicht Consumption des klägerischen Rechts zur Folge haben.

Ganz undenkbar ist das Operiren mit einer exceptio cognitoria, wo für den Beklagten ein cognitor eintritt. Hier musste der Kläger die Einlassung verweigern können. War es einmal zur Formelertheilung gekommen, so musste er auch actio judicati gegen den Vertretenen erhalten können.

II. Die gesetzlich nothwendige Vertretung.

1. § 17. Die tutores und curatores.

Innerhalb der condemnatorischen Formel hat sich die geschilderte Vertretung mit dominium litis des Vertreters auch auf die Fälle gesetzlich nothwendiger Stellvertretung ausgedehnt.

Nicht ganz leicht ist es, sich von dem Entwicklungsgang der Vertretung durch tutores und curatores im Formularprocess ein Bild zu machen.

Unter den Quellenzeugnissen kommen vor allem in Betracht einige spärliche Notizen des GAIUS[1]). Aus denselben ist zu entnehmen, dass zu GAIUS Zeit eine Vertretung entwickelt war, bei welcher die Condemnation wenigstens formell auf die Person des Tutors bezw. Curators abgestellt wurde. Was die Processcautionen betrifft, so war beim Eintritt eines Vertreters auf beklagtischer Seite cautio judicatum solvi, beim Eintritt eines solchen auf klägerischer Seite für die Regel cautio rati erforderlich. Wie es mit der actio judicati und mit der Consumption stand, wird von GAIUS nicht berichtet. — Aus l. 2 pr. D. de adm. et per. tut. 26, 7 wissen wir, dass spätestens seit einem Rescript des ANTONINUS PIUS die actio judicati für und gegen den Pupillen gegeben wurde. Nach derselben Stelle scheinen auch die folgenden Kaiser sich mit der Regulirung dieser Vertretung befasst und auch bezüglich des Cautionswesens Aenderungen getroffen zu haben[2]). Bezüglich der negativen Wirkungen des Processes ist uns in l. 7, § 2 D. de cur. fur. et aliis extra min. dandis 27, 10 schon für die Zeit JULIAN's überliefert, dass beim Processiren eines curator furiosi, jedenfalls in gewissen Fällen, Consumption eintrat und in l. 22 D. h. t. 26, 7, einer Stelle von PAULUS, ist ganz allgemein gesagt, dass der Tutor für den Pupillen in judicium deducire.

Versucht man auf Grund dieser Quellenzeugnisse und unter Benutzung der für den Legisaktionenprocess gewonnenen Resultate ein Bild der Weiterentwicklung dieser Vertretung zu entwerfen, so dürfte man etwa zu folgenden Resultaten kommen: Den nothwendigsten Bedürfnissen war durch die im Legisaktionenprocess zugelassene Vertretung genügt. Dass nach Aufkommen des Formularverfahrens sofort auch innerhalb dieses Processes eine entsprechende Vertretung für dieselben Fälle, in welchen eine solche im Legisaktionenprocess zugelassen war, ausgebildet worden wäre, sind wir nicht genöthigt anzunehmen. Der Formularprocess verdrängte ja das Legisaktionenverfahren nicht, sondern trat nur als einfachere bequemere Processart neben dasselbe. Es ist deshalb leicht möglich, dass in den besonderen Fällen, in

[1]) cf. GAIUS IV, 86, 99, 101.

[2]) cf. l. 1 § 1, l. 23 D. h. t. 26, 7.

welchen ein gesetzlicher Vertreter für seinen Schutzbefohlenen processiren musste, anfangs die Benützung der bequemeren Processart ausgeschlossen war.

Wäre die Stellvertretung, wie wir sie im Legisaktionenprocess finden, auf den Formularprocess übertragen worden, so hätte dies zu anderen Gestaltungen führen müssen.

Eine tutorische und curatorische Vertretung im Formularprocess dürfte sich daher erst ausgebildet haben, nachdem die allgemeine Defensionsmöglichkeit und die klägerische Vertretung durch den procurator omnium rerum im Formularprocess Eingang gefunden hatte. Nachdem dies geschehen war, lag es sehr nahe, auch den gesetzlichen Vertretern unter den gleichen Bedingungen, unter welchen der defensor und procurator processirten, auch jenseits der Fälle, in denen sie als direkte Vertreter auftreten konnten, eine Vertretung zu gestatten. Es musste dies demnach eine indirekte Vertretung ohne Consumption auf klägerischer Seite sein.

Wollten die gesetzlichen Vertreter unmittelbar Wirkungen für ihre Schutzbefohlenen erzeugen und von den Cautionen befreit bleiben, so mussten sie in den Fällen, in denen dies zulässig war, zur legis actio greifen. Ebenso konnten sie nur durch legis actio zur Defension gezwungen werden.

Mit der Zeit musste sich das Bedürfniss geltend machen, auch auf dem Gebiet des Formularprocesses eine jener älteren Vertretung entsprechende Form zu finden, um in den betreffenden Fällen positive Wirkung für den Vertretenen, bei Vertretung des Klägers auch Consumption, eintreten lassen zu können.

Die Consumption in denjenigen Fällen klägerischer Vertretung eintreten zu lassen, in welchen ein alieno nomine lege agere für den Schutzbefohlenen zulässig gewesen war, und soweit die Eigenschaft des gesetzlichen Vertreters als solchen zweifellos war, denselben auch von der cautio rati zu befreien, war ein an sich nahe liegender Gedanke (cf. EISELE l. c. S. 152 ff.). Bezüglich der actio judicati musste es, mindestens nachdem man bei Ausbildung der Cognitur auf diese Gestaltung gekommen war, als möglich und wünschenswerth erscheinen, dieselbe von Haus aus dem Vertretenen zu verheissen, natürlich mit der Massgabe, dass der gesetzliche Vertreter, so lange sein Gewaltverhältniss fortdauerte, diese actio judicati für den Pflegbefohlenen geltend machen konnte. Ein weiteres Bedürfniss, als dass der Vertreter nöthigenfalls zur

Anstellung der Executivklage befugt sei, war nicht vorhanden, demgemäss die Konstituirung einer eigenen Gläubigerschaft desselben überflüssig [1]).

Was die Vertretung auf passiver Seite betrifft, so war hier das Bedürfniss vorhanden, eine Processführung des gesetzlichen Vertreters ohne Eintritt desselben in die Passivbeziehung auch innerhalb des Formularprocesses zu ermöglichen. — Wie sollte aber in diesem Fall der Kläger zu seiner Befriedigung kommen, wenn die actio judicati gegen den Pflegbefohlenen zwar möglicherweise verheissen war, aber wegen seiner Eigenschaft als infans oder furiosus nicht durchgeführt werden konnte? Man befindet sich bei der Beantwortung dieser Frage in derselben Schwierigkeit, wie bezüglich des älteren Rechts (cf. oben § 5). Das Wahrscheinlichste ist nach l. 2 D. h. t. 26, 7, dass die actio judicati principiell gegen den Vertretenen gegeben, gegen den Tutor verweigert wurde nnd dass in den Fällen, in welchen eine actio judicati gegen den Vertretenen thatsächlich ausgeschlossen war, ein Zwang extra ordinem gegen den Tutor oder Curator zur Zahlung aus dem in seiner Verwaltung befindlichen Vermögen des Pflegbefohlenen, möglich war [2]). — Schwierigkeiten bereitet die Frage nach dem Erforderniss einer cautio judicatum solvi in den genannten Fällen, da Gaius, zu dessen Zeit der geschilderte Zustand doch schon bestanden haben muss (cf. Gaius IV, 99), eine solche schlechthin für nothwendig erklärt. Eine cautio judicatum solvi mit dem Inhalt, den sie gewöhnlich hatte, ist mit der Gestaltung der Vertretung, wie wir sie für die genannten Fälle an-

---

[1]) Man vergleiche die Ausführungen in §§ 4 und 15 a. E.

[2]) Auf diese letztgenannte Möglichkeit scheint uns das in der l. 2 cit. erwähnte pignora capere hinzuweisen. Wenn nemlich keine actio judicati gegen den Tutor gegeben wurde, so versteht es sich von selbst, dass auch keinerlei Execution gegen ihn möglich war. Wenn nun noch besonders erwähnt wird, dass auch kein pignora capere gegen den Tutor zulässig sei, so scheint daraus hervorzugehen, dass ein solches sonst in Fällen Platz griff, in welchen ein anderweitiges executives Vorgehen gegen den Tutor ausgeschlossen war. Da das pignora capere, ehe es zum ordentlichen Executionsmittel wurde, ein ausserordentliches Zwangsmittel innerhalb der extraordinaria cognitio gewesen war (cf. Keller, Civilprocess § 83, S. 432, 433), so liegt die Vermuthung nahe, dass, und zwar möglicherweise schon zur Legisaktionenzeit, dieses extraordinäre Verfahren eingriff, wo die gewöhnliche Zwangsvollstreckung, welche sich gegen den Pupillen hätte wenden müssen, faktisch unanwendbar gewesen ist.

genommen haben, unvereinbar. Es bleibt also nichts anderes übrig, als entweder das Referat des GAIUS IV, 101 für ungenau zu halten, oder an eine cautio judicatum solvi mit anderem Inhalt (z. B. Versprechen der Zahlung aus dem Pupillenvermögen oder Haftung für den Fall, dass man nicht Tutor oder Curator wäre) zu denken [1]).

Der letzte Schritt in der Entwicklung war, dass jeder Vertretung durch tutores und curatores auf klägerischer Seite Consumptionswirkung unter regelmässiger Befreiung der Vertreter von der cantio rati beigelegt wurde, und dass auf Grund des Processirens dieser Personen durchweg actio judicati für und gegen die Vertretenen verheissen wurde. Dieses Resultat scheint durch die Kaisergesetzgebung nach der Zeit des GAIUS herbeigeführt worden zu sein.

Beweisend ist dafür namentlich die l. 22 und 23 D. h. t. 26, 7. Nach der letzteren hatte die cautio rati des Tutor oder Curator, welche wir uns in Verbindung mit einer der exceptio procuratoria entsprechenden exceptio tutoria oder curatoria zu denken haben, zur Zeit ULPIAN's nur die Bedeutung, den Gegner für den Fall, dass der klagende Vertreter nicht Tutor oder Curator wäre, sicherzustellen [2]). Die Ertheilung der actio judicati für und gegen den pupillus ist für diese Zeit mit aller Bestimmtheit bezeugt in l. 2 pr. D. h. t. 26, 7.

---

[1]) Zu vergleichen ist auch l. 1, § 1 D. de adm. et per. tut. 26, 7: nec cogendi sunt tutores cavere ut defensores solent. Es ist möglich, dass damit gesagt sein soll, die Tutoren haben überhaupt keine cautio judicatum solvi zu leisten, oder aber, sie haben keine solche zu leisten, wie die defensores. Auch im Fall der ersteren Auslegung würde übrigens die Stelle wegen des Altersverhältnisses (ULPIANUS libro trigesimo ad edictum) der Nachricht des GAIUS nicht unmittelbar widersprechen.

[2]) In der l. 23 cit. ist zwar am Schluss auf eine Aeusserung „gleichen Inhalts“ von JULIAN Bezug genommen. Dennoch können wir uns auf Grund davon nicht veranlasst sehen, dem Zeugniss des GAIUS in IV, 99 zuwider den zuletzt geschilderten Rechtszustand schon für die Zeit JULIAN's anzunehmen. Das „aliquando satisdatio remittitur“ bei GAIUS lässt eine solche Auslegung nicht zu, während nach dem Citat ULPIAN's JULIAN nur gesagt haben könnte, dass für den Curator und Tutor bezüglich des Erlasses der cautio rati ein und dasselbe gelte, dass er aber dabei den Zustand zu seiner Zeit, d. h. den „bisweiligen Erlass“ im Auge gehabt hätte. — Gleicher Ansicht ist BETHMANN-HOLLWEG, „Versuche“, S. 193.

Das schliessliche Resultat dieser ganzen auf Benützung der für die gewillkürte Stellvertretung ausgebildeten Formen basirenden Entwicklung wäre demnach gewesen, dass die tutores und curatores zu direkten Stellvertretern mit formellem dominium litis wurden.

Angeschlossen an das Processiren der tutores hat sich in dieser Zeit dasjenige der curatores minorum, während die Processführung derjenigen Curatoren, denen ein augenblicklich herrenloses aber für einen künftigen Berechtigten zu reservirendes Vermögen zur Verwaltung übergeben ist[1]), der processualen Vertretung juristischer Personen näher steht, also im Anschluss an die dort geltenden Grundsätze sich entwickelt haben dürfte[2]).

2. § 18. Die Vertretung juristischer Personen.

Auch für die Zeit des Formularprocesses hat man bei Prüfung der processualen Vertretung juristischer Personen die Fälle der Collision zwischen Staat und Privaten von der Betrachtung auszuscheiden.

Auch in dieser Zeit lag der Gedanke, dass der Staat bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor den gewöhnlichen Gerichten Recht nehmen und zu diesem Zweck sich besonders vertreten lassen müsse, fern.

Zur Constatirung der Rechtsverhältnisse sowohl des populus Romanus als der davon zu scheidenden Rechtsverhältnisse des fiscus diente, wie an anderer Stelle noch näher darzulegen sein wird[3]), ein Administrativverfahren, bei welchem der richtende Beamte (bei den Fiscalprocessen der procurator fisci) die staatlichen Interessen ex officio zu wahren hatte. Bei den Fällen, in denen das staatliche Interesse nebenher auch noch von in Parteistellung befindlichen Personen, wie von den Popularklägern bei den prokuratorischen Geldstrafklagen oder von den advocati fisci, wahrgenommen wurde, (die Popularinterdikte gehören wie schon in § 10 bemerkt nicht hierher), liegen jedenfalls so besonders geartete Verhältnisse zu Grund, dass eine hier ange-

---

[1]) cf. l. 3, 5, 8, 9 D. de cur. fur. et aliis extra minores dandis 27, 10.

[2]) Positive Nachrichten über das Processiren dieser Personen haben wir nicht.

[3]) cf. das oben in § 10 a. A. Bemerkte.

nommene Vertretung jedenfalls in gar keiner Beziehung zur sonstigen Entwicklung civilprocessualer Vertretung stehen würde. —

Auf anderem Gebiet ist dagegen der Begriff der juristischen Person in dieser Periode zur vollständigen Durchführung gelangt, so vor allem bei den Gemeinden [1]), sodann im Anschluss daran bei einer ganzen Reihe von Corporationen, welche im Einzelnen nicht aufzuzählen sind [2]).

Eine civilprocessuale Vertretung hat sowohl für die Gemeinden als für die Korporationen nur bezüglich der rein privatrechtlichen Verhältnisse, d. h. Rechtsbeziehungen vermögensrechtlicher Art, welche nicht aus dem Verhältniss der betreffenden juristischen Person als einer politischen Institution zu ihren Mitgliedern hervorgiengen, stattgefunden.

So unterlagen die unmittelbar aus der Stellung des Bürgers zur Stadtgemeinde hervorgehenden Rechte und Pflichten desselben der Administrativcognition römischer Beamter [3]), so die Streitigkeiten über munera und honores der Entscheidung des praeses provinciae [4]).

Bezüglich der Strafansprüche der Gemeinde gegen die Bürger griff das Verfahren Platz, wie es in § 10 skizzirt wurde. — Zweifelhaft ist, wie sich der Schutz der im Gemeingebrauch der Gemeindemitglieder stehenden Sachen gestaltete [5]).

Wie schon mehrfach erörtert wurde, waren auch die Korporationen zugleich öffentlichrechtliche Institutionen und es konnten bei ihnen öffentlichrechtliche Beziehungen zwischen der Gesammtheit und dem einzelnen Verbandsmitglied stattfinden [6]). Inwieweit

---

[1]) Dass die Gemeinde das Muster für die Gestaltung der Korporationen war, geht hervor aus l. 1 § 1 D. quod cujusc. univ. nom. 3, 4. Der Ausdruck res publica bezeichnet hier wie in l. 2 eod. die Gemeinde und nicht den Staat, wie früher angenommen wurde.

[2]) cf. darüber MOMMSEN, de coll. et sodal. Romanorum.

[3]) cf. BETHMANN-HOLLWEG § 81 bei N. 38.

[4]) l. 5 D. de extr. cogn. 50, 13; l. 37 pr. D. ad. mun. 50, 1.

[5]) Ein Schutz durch Klagen findet sich namentlich bezüglich der statuae in publico positae (cf. l. 41 D. de acq. rer. dom. 41, 1; l. 11 § 1 q. v. a. cl. 43, 24). Möglich ist, dass für diese Besonderes galt, möglich aber auch, dass bei allen Gegenständen, welche im Gemeinbrauch der municipes standen, ein solcher Schutz Platz griff.

[6]) cf. namentlich die Ausführungen von GIERKE, Deutsches Genossenschaftsrecht Bd. III S. 60 ff. S. 85 N. 183.

solche Beziehungen vorliegen und auf welche Weise sie geschützt wurden, ist noch nicht genügend festgestellt[1]).

Innerhalb der rein privatrechtlichen Streitigkeiten findet sich sowohl für die Gemeinden als für die Korporationen eine Vertretung durch sog. actores und syndici erwähnt. Ob die Processe auch durch sonstige Beamte der Gemeinde oder durch die Vorstände (magistri, quinquennales) der Korporationen geführt werden konnten, lässt sich mit Sicherheit nicht feststellen[2]). Jedenfalls scheint die Vertretung durch actores und syndici die Regel gewesen zu sein. — Daneben finden sich, und zwar sicher bei den Korporationen, wahrscheinlich aber auch bei den Gemeinden[3]), freiwillige Defensoren, und es wurden auch, wie es scheint, actores, welche zur Anstellung einer Klage aufgestellt gewesen waren, zur Defension gezwungen[4]).

Es ist nun hier nicht der Ort, auf das Altersverhältniss zwischen der Vertretung durch actores und der Vertretung durch syndici, deren spätere Stellung zu einander, auf die Gründe des Zurücktretens oder des vollständigen Ausschlusses einer Vertretung durch die mit der Vermögensverwaltung im Allgemeinen betrauten Personen (Kassenbeamte, Vorstände) einzugehen[5]). Wir haben nur den Charakter dieser Stellvertretung, soweit möglich, festzustellen.

Wo die gewöhnliche condemnatorische Formel in Anwendung kommt, finden wir die Vertretung durch actores und syndici im wesentlichen sich anschliessend an die Vertretung durch defensores, procuratores und cognitores.

Es ist mit Grund anzunehmen, dass die Ausbildung der Vertretung juristischer Personen, mithin auch die volle Entwick-

---

[1]) Hierher dürften vor allem die collegialen Multen gehören. Bezüglich der Literatur darüber cf. Gierke l. c. S. 85 N. 183.

[2]) cf. die l. 8, l. 10 i. f. D. h. t. 3, 4 und die, übrigens wahrscheinlich verdorbene, l. 9 D. rat. rem. hab. 46, 8.

[3]) Anderer Meinung ist in dieser Beziehung Lenel ed. perp. S. 82. Derselbe schliesst aus l. 1 § 3 in Verbindung mit l. 3 D. h. t. 3, 4, dass die Defensoren nie bei universitates zugelassen worden seien. Seine Auslegung ist möglich, aber nicht zwingend. Sachliche Gründe sprechen für die Gleichstellung von Gemeinden und Corporationen.

[4]) cf. l. 6. § 3 D. h. t. 3, 4.

[5]) Es wäre ohne Eingehen auf das Recht der einzelnen Corporationen zu keinem Resultat zu gelangen.

lung des letzteren Begriffes selbst, in eine Zeit fällt, in welcher die verschiedenen Formen der gewillkürten Vertretung schon ausgebildet waren[1]) Aus der Herübernahme der dort schon zur Anwendung gebrachten Mittel erklärt sich die Gestaltung dieser verschiedenen Arten der Vertretung verhältnissmässig leicht.

Wir wenden uns zunächst zum actor, so wie ihn PAULUS in l. 6 § 1, 2, 3 D. h. t. 3, 4 schildert[2]).

Derselbe ist ein für einen bestimmten Process aufgestellter Processanwalt. Er hat zwar ein dominium litis, da die condemnatio activ und passiv auf seinen Namen gestellt wird, allein dasselbe ist nur formeller Natur, sofern die actio judicati, wie aus l. 6 § 3 D. cit. 3, 4 hervorgeht, nicht für und, wie wir weiter annehmen dürfen, auch nicht gegen ihn gegeben wird. Seine Function ist mit der Erlangung eines Urtheils zu Ende.

Ein Eintritt in die Gläubiger- oder Schuldnerrolle ist ausgeschlossen. Eine etwaige cautio judicatum solvi hätte desshalb nur etwa die Bedeutung haben können, eine Haftung für den Fall herbeizuführen, dass er kein actor ist[3]). Ob durch Vermittlung des actor an die juristische Person gezahlt werden konnte, ob er zum Zahlungsempfang, sowie zu etwaigen sonstigen materiellen Verfügungen über den Streitgegenstand legitimirt war, ist bestritten[4]).

---

[1]) Die äusseren Anhaltspunkte, welche wir für die Bestimmung des Alters der juristischen Personen haben, gestatten keine nähere Zeitbestimmung. Die frühesten Zeugnisse, welche sich auf Corporationseigenthum deuten lassen, sind, wie oben in § 11 ausgeführt, aus der Zeit CICERO's. In voller Entwicklung ist der Begriff vorhanden zur Zeit des GAIUS und wohl schon zur Zeit LABEOS (cf. l. 1 § 1 D. h. t. 3, 4 und l. 22 § 2 D ex quib. caus. maj. 3, 6). War, wie anzunehmen ist (cf. N. 103) das Recht der Stadtgemeinden der Durchbruchspunkt für den Begriff der juristischen Persönlichkeit, so könnte, da etwa in dem Bundesgenossenkrieg ein Anlass zur Neubildung des Stadtgemeinderechts gegeben sein mochte, dies der Zeitpunkt für den Beginn der Entwicklung des Begriffs gewesen sein.

[2]) Dahingestellt bleibt, ob der Ausdruck actor auch noch in anderer Bedeutung gebraucht wurde.

[3]) Eventuell könnte auch die clausula de re defendenda in Betracht kommen. — Ob eine c. j. s. überhaupt nöthig war, steht übrigens nicht fest. Aus fr. Vat. § 335 lässt sich etwas Sicheres nicht entnehmen.

[4]) Es hängt dies davon ab, ob man annimmt, dass in l. 6 § 3 D. h. t. 3, 4 das Wort procurator für cognitor interpolirt und entsprechend statt et constitui ei potest — nec constitui ei potest zu lesen ist. Zu vergleichen ist übrigens auch der Schiedsspruch von Histonium.

Was die Durchführung der Execution für und gegen die juristische Person betrifft, so ist in letzterer Beziehung nachweisbar, dass wenn niemand als Vertreter zur Uebernahme der actio judicati aufgestellt wird und niemand freiwillig die Defension gegen dieselbe übernimmt, sowie wenn die actio judicati schon durchgeführt ist, Execution in das vorhandene Activvermögen erfolgt [1]). Bezüglich der Durchführung der Execution für die juristische Person liegen die Verhältnisse nicht ganz klar. Sofern hier keine Administrativexecution eingreifen konnte, sondern mit actio judicati oder unmittelbar mit missio in bona vorzugehen war, musste die Verfolgung des Executivrechts entweder durch einen Verwaltungs- oder Kassenbeamten [2]), oder durch einen auf's Neue bestellten actor betrieben werden. Ob dieses Verhältniss in der Weise zum Ausdruck gebracht war, dass man die actio judicati im Edikt den municipes oder dem corpus selbst verhiess, muss dahingestellt bleiben. Jedenfalls dürfte die Anschauung zu Grunde gelegen sein, dass die juristische Person aus dem Urtheil berechtigt werde.

Die negativen Wirkungen des Processes wurden, wie wir bei der Art seiner Legitimation mit Sicherheit annehmen dürfen, vom actor für die juristische Person herbeigeführt. Es konnte daher eine etwaige cautio rati desselben nur die Bedeutung haben, den Gegner für den Fall, dass er kein richtiger actor wäre, sicherzustellen.

Die Stellung des actor ist nach dem Bisherigen im Wesentlichen, vorbehältlich einer gewissen materiellen Verfügungsberechtigung desselben (cf. N. 178), der eines cognitor entsprechend. Er ist ein direkter Stellvertreter mit formellem dominium litis. Wahrscheinlich ist, dass das Institut der Cognitur unmittelbar nachgebildet wurde.

Noch weniger wollen die Quellennachrichten ausreichen, um die Stellung des syndicus deutlich erkennen zu lassen [3]). Fest steht, dass derselbe ein ständiges, wenigstens eine bestimmte Zeit lang dauerndes Amt bekleidete, das ihn zur Führung sämmtlicher Processe während dieser Zeit legitimirte. — Ob dieses Amt ihn

---

[1]) cf. l. 1 § 2 und l. 8 D. h. t. 3, 4.

[2]) Daran ist zu denken wegen l. 10 i. f. D. h. t. 3, 4.

[3]) Derselbe wird erwähnt in l. 1 § 1 und 2 D. h. t. 3, 4, l. 6 § 1 D. eod.; ferner in l. 1 § 2, l. 18 § 13 D. de mun. 50, 4. Dieselben Personen werden auch als defensores bezeichnet.

lediglich zur Processführung oder auch zur Zwangsvollstreckung, ferner zum Zahlungsempfang sowie zur sonstigen materiellen Verfügung legitimirte, kann nicht eruirt werden. — Aus der Natur der Sache lässt sich schliessen, dass er negative Wirkung für und gegen die juristische Person herstellte, dass er ferner zwar dominus litis wurde, aber nur in formellem Sinn, indem die juristische Person aus dem Urtheil berechtigt und verpflichtet wurde. Für ein wirkliches Eintreten des syndicus in die Rechtsbeziehungen der juristischen Person liesse sich kein vernünftiger Grund denken. Dagegen ist wohl möglich, dass der syndicus als solcher zur Anstellung der Executivklage für die juristische Person legitimirt war und dass in diesem Sinn gesagt worden wäre actio judicati ei datur. Bei solcher Gestaltung dürften, sofern die Stellung als syndicus eine zweifellos constatirbare war, beide Cautionen für ihn weggefallen sein.

Danach wäre auch der syndicus ein direkter Stellvertreter mit formellem dominium litis gewesen.

Zweifellos indirekte Stellvertreter sind dagegen die ohne jegliche Bestellung eintretenden defensores. Dieselben mussten die Haftung für die Schuld der juristischen Person übernehmen. Die actores, welche zur Defensive genöthigt wurden, scheinen dagegen von der actio judicati befreit gewesen zu sein[1]).

III. § 17. Das Anwendungsgebiet der Vertretung mit dominium litis.

Es wurde bisher ausschliesslich die Vertretung innerhalb des gewöhnlichen, auf eine pecuniaria condemnatio auslaufenden Formularprocesses, der Betrachtung unterzogen.

Soweit das Herrschaftsgebiet der condemnatorischen Formel reichte, soweit war auch der wirkliche oder fingirte Eintritt des Vertreters in das durch den Process herbeigeführte Geldobligationsverhältniss möglich.

Wie weit die Anwendung der condemnatorischen Formel sich erstreckte, wie auch die Ansprüche auf Herausgabe von res certae, auf Eigenthumsübertragung an solchen, auf ein facere oder non

---

[1]) cf. fr. Vat. § 335. Die Restitution ist übrigens im höchsten Grad unsicher. Die Natur der Sache spricht für die Huschke'sche (im Text zu Grund gelegte) Restitution.

facere des Gegners sich in Ansprüche auf eine bestimmte Geldsumme umsetzten, ist bekannt.

Denselben Formen der Vertretung begegnet man auf dem Gebiet des in eine pecuniaria condemnatio auslaufenden Sponsionsverfahrens, das sich im klassischen Recht, hauptsächlich bei den actiones in rem und bei den Interdikten vorfindet. Hier konnte der Eintritt des Vertreters in das Streitverhältniss durch Abschluss der Sponsion in eigenem Namen seitens desselben erfolgen [1]), und mit diesem Eintritt in das Streitverhältniss konnte ein Eintritt in das materielle Rechtsverhältniss dadurch verbunden werden, dass an den Sieg im Sponsionsprocess die Ertheilung der formula arbitraria für das judicium secutorium an den Vertreter geknüpft wurde. Sollte der letztere nur den Sponsionsprocess führen, so hat man sich die Herstellung der Wirkung für den dominus in der Weise vermittelt zu denken, dass der Praetor dem Dominus die Formel ertheilt: si Titius A[i] A[i] cognitor (oder qui in hanc rem cognitor datus est) sponsione vicerit, Numerium Negidium Aulo Agerio quanti ea res est condemna [2]).

Endlich erstreckten sich die Formen der geschilderten Vertretung auch noch über das Gebiet des auf blosse pecuniaria condemnatio abzielenden Formularprocesses hinaus.

Wir finden, dass innerhalb des judicium divisorium nicht allein die condemnationes sondern auch die adjudicationes auf die Vertreter abgestellt wurden. Dies geht aus l. 42 § 6 D. de proc. et def. mit wünschenswerthester Deutlichkeit hervor [3]). Das hiedurch herbeigeführte dominium litis konnte ohne Zweifel sowohl ein formelles als ein materielles sein. Im ersteren Fall wäre die Wirkung der adjudicatio durch Verleihung einer rei vindicatio utilis auf den dominus zu übertragen gewesen. — Dass man dazu kam, auch die Wirkung der Adjudikation für gewisse Vertreter eintreten zu lassen, obgleich diese Wirkung recht wohl auch für

[1]) Dies war die einzige Möglichkeit, sofern die Sponsion im Weg der legis actio eingeklagt wurde. Bei Einklagung derselben mittelst formula war die weitere Möglichkeit der Einführung durch Formelumstellung gegeben.

[2]) cf. Gaius IV, 165. Lenel edictum perpetuum S. 360 N. 3.

[3]) l. 42 § 6 cit.: Paulus libro octavo ad edictum: Si plures heredes sint et familiae erciscundae aut communi dividundo agatur, pluribus eundem procuratorem non est permittendum dare, quoniam res expediri non potest circa adjudicationes et condemnationes (zu vergl. ist auch l. 15 § 1 D. eod. und l. 9 D. quod cujusc. univ. nom. 3, 4).

einen absens hätte herbeigeführt werden können, erklärt sich wohl wesentlich daraus, dass man die auf ein und dieselbe Person fallenden Adjudikations- und Condemnationswirkungen nicht zerreissen wollte.

Selbstverständlich konnte keine indirekte Vertretung Platz greifen bezüglich der mit den Adjudikationen nothwendig verbundenen Abjudikationen. Man kann nur dem eine bestimmte Sache absprechen, dem sie gehört[1]). Bei Zulassung von Vertretern, deren Processführung keine definitive Wirkung für den dominus herstellen konnte, wäre also nur die Möglichkeit gewesen, bezüglich dieser Wirkung einen durch die Ratihabition des dominus suspensiv bedingten Schwebezustand herbeizuführen. Damit wäre aber zugleich das Resultat des ganzen Processes in's Ungewisse gestellt gewesen, da die einen Massregeln des Richters nicht ohne die andern bestehen konnten. — Ob die Römer diese Gestaltung erträglich fanden, oder ob sie nur solche Vertreter zum Process zuliessen, welche diese Wirkung für den dominus herbeiführen konnten, Prokuratoren also erst in der Zeit, da sie consumirten, muss dahingestellt bleiben[2]).

B. Vertretung ohne dominium litis.

I. § 20. Die Grenzen der Anwendbarkeit der Vertretung mit dominium litis. Anderweite mögliche Gestaltungen.

Jenseits der condemnatorischen Formel, des auf pecuniaria condemnatio abzielenden Sponsionsprocesses und des judicium divisorium waren die bisher geschilderten Vertretungsformen nicht anwendbar.

Zwar soweit der klägerischerseits angestrebte ökonomische Erfolg in der sofortigen Uebertragung bestimmter Vermögenswerthe aus dem Vermögen des Beklagten in das des Klägers besteht, ist auf Seite beider Parteien die Möglichkeit einer indirekten Stellvertretung gegeben, und wo es sich um Uebertragung von Eigenthum oder von einem sonstigen dinglichen

[1]) cf. l. 36 D. fam. erc. 10, 2: sed tu videris eo moveri, quod non est judicium familiae erciscundae nisi inter coheredes acceptum.

[2]) Die Stellen, in denen procuratores genannt werden, sind von Paulus und Ulpian.

Recht an einer res certa handelt, ist wenigstens auf klägerischer Seite eine solche indirekte Stellvertretung möglich. Es ist auch nicht unwahrscheinlich, dass in solchen Fällen auch jenseits des ordentlichen Formular-, Sponsions- oder Interdikt-Processes, also auch innerhalb der extraordinaria cognitio von der genannten Construktion Gebrauch gemacht wurde. Allein wenn dies geschah, so geschah es nicht in der Weise, dass schon mit dem Beginn des Processes ein festes Obligationsverhältniss zwischen Vertreter und Gegner constituirt wurde. Man wird sich vielmehr das Verfahren so zu denken haben, dass der Magistrat erst zur Zeit der Urtheilsfällung die Frage prüfte, ob nach den vorliegenden Umständen eine Abstellung des Urtheils auf den Vertreter zweckmässig sei und dass er erst hiebei möglicherweise zu dem Entschluss kam, einen defensor zu condemniren, oder einem Beklagten zu befehlen, an den Vertreter des Klägers zu zahlen. Es würde danach das dominium litis des Vertreters weggefallen sein.

Für ein formelles dominium litis, die Abstellung der Condemnation auf die Personen der Vertreter in Fällen, in welchen diese gar nicht berechtigt oder verpflichtet werden sollen, lässt sich in den Fällen der extraordinaria cognitio kein vernünftiger Grund denken. Auch eine besondere Bindung des Vertreters an den Process, wie sie beim dominium litis der cognitores und procuratores stattfand und wie sie schon im Legisaktionenverfahren stattgefunden hatte, war bei einem vom Beamten selbst geleiteten Verfahren nicht nöthig.

Vollständige Unverwendbarkeit der bisher geschilderten Vertretungsformen, sowohl der indirekten Stellvertretung als des (materiellen und formellen) dominium litis, finden wir bezüglich derjenigen positiven Processwirkungen, welche nicht auf die sofortige Uebertragung von Vermögenswerthen oder von bestimmten Vermögenstücken abzielen.

Wir unterscheiden innerhalb dieser nunmehr zu betrachtenden Wirkungen zwei Gruppen. Zu der einen gehören diejenigen Processwirkungen, durch welche zwar wie bei den bisher untersuchten ebenfalls ein sofortiger Erfolg herbeigeführt werden soll, dieser Erfolg aber statt in der Uebertragung von Vermögensstücken in der Herbeiführung oder Aufhebung persönlicher Beziehungen zwischen Kläger und Beklagten, der Ermächtigung

des Klägers zu bestimmten rein faktischen Handlungen, dem Zwang des Beklagten zu solchen besteht. Zu der zweiten Gruppe gehören alle die Fälle, in denen kein sofortiger Erfolg erzielt, sondern nur ein zukünftiger sichergestellt werden soll. Selbstverständlich ist, dass in einem und demselben Process verschiedene Wirkungen, pecuniariae condemnationes, Feststellungswirkungen und anderweite Wirkungen zusammentreffen können. Wo dies der Fall ist, kann auch die Combination eintreten, dass in Bezug auf die einen Wirkungen die Vertretung eine direkte ohne dominium litis, in Bezug auf andere eine indirekte ist.

Wir betrachten die einzelnen Processwirkungen, wie sie im römischen Recht vorkamen, gesondert und zunächst die Fälle der erstgenannten Gruppe. Eine häufig zur Erscheinung kommende Wirkung ist hier, dass dem Kläger eine bestimmte Befugniss zur Vornahme von einzelnen faktischen Handlungen ertheilt wird, also beispielsweise: der Kläger darf einen Bau des Gegners niederreissen, er darf sich einer Sache des Gegners oder der Person desselben gewaltsam bemächtigen. Im Vordergrund steht bei diesen Wirkungen die Eigenmacht des Klägers. Zur Unterstützung derselben mag dann eventuell unmittelbar staatliche Hilfe, oder Bestrafung des sich Widersetzenden, oder Verleihung von Klagen an den Berechtigten angeordnet sein. — Solche Wirkungen finden wir im römischen Recht namentlich bei den verschiedenen Arten der missio in possessionem [1]), sowohl der Besitzeinweisung in ein Vermögen, als in eine einzelne Sache, ferner bei der Ertheilung einer Baubefugniss im Remissionsprocess, und bei der Erlaubniss der ductio einer gewaltunterworfenen Person [2]).

Was die Gestaltung dieser Wirkungen beim Eintritt von Stellvertretern betrifft, so konnte hier weder auf klägerischer Seite noch auf Seite des Beklagten eine indirekte Stellvertretung Platz greifen. In letzterer Beziehung ist eine solche logisch unmöglich. Der Beklagte ist es, der die Ertheilung der Erlaubniss verhindern will, gegen ihn richtet sich daher die Wirkung des

---

[1]) cf. über dies. KELLER, Civilprocess §. 78.

[2]) Dass ein solches Ductionsrecht auch zur Zeit des Formularprocesses die Hauptwirkung eines Siegs des dominus oder paterfamilias im Statusprocess war, steht fest (cf. l. 36 D. de lib. causa 40, 12). Der Streit über die processuale Form des liberale judicium hat damit nichts zu schaffen (cf. LENEL ed. perp. S. 304—309).

dem Klagantrag entsprechenden Urtheils oder Decrets. — Auf klägerischer Seite liegt die Sache so, dass zwar unter Umständen auch einem Vertreter die Befugniss zu einer solchen Handlung ertheilt werden kann. In den meisten Fällen wird jedoch hier durch die Handlung des Vertreters der vom Kläger erstrebte Zustand unmittelbar hergestellt. Dies trifft z. B. zu, wenn dem Procurator erlaubt wird an der strittigen Stelle weiter bauen zu lassen, oder den Sklaven oder Haussohn, der im Statusprocess besiegt wurde, in das Haus seines Principals führen zu lassen. In allen diesen Fällen ist der Natur der Sache nach eine Beschränkung der betreffenden Befugniss auf den Vertreter ausgeschlossen, es kann nur eine Ausdehnung derselben auf ihn stattfinden, besonders dann, wenn der Vertretene an der eigenen Vornahme der Handlung verhindert ist. — Bei einer Erlaubniss zur Besitzergreifung wäre zwar die Auffassung möglich gewesen, dass man den Vertreter für sich Besitz ergreifen liess mit der Massgabe, dass er verpflichtet war, denselben auf den dominus zu übertragen. Näher lag jedoch, dass man, wo der Vertreter zur Besitzergreifung ermächtigt werden sollte, ihm eine solche nur im Namen des Vertretenen als detentor alieno nomine gestattete. Durch eine solche Detention wurde der bei jenen missiones zu Grunde liegende Zweck vollkommen erreicht.

Wo durch die Handlung des Vertreters unmittelbar der für den dominus bezweckte Erfolg herbeigeführt wird, da steht man nach dem in § 1 Ausgeführten nicht mehr auf dem Boden indirekter Vertretung. Den Eintritt der betreffenden Wirkungen von einer Ratihabition der Processführung durch den dominus abhängig zu machen, war in allen diesen Fällen unthunlich, es konnte sich also blos darum handeln, dass man den dominus in die Lage setzte, eine Wiederaufhebung der betreffenden Wirkungen, wo dies der Natur der Sache nach möglich war, herbeizuführen. Für den vertretenen Kläger brauchte es dazu keiner besonderen Massregeln, für den Beklagten konnte es dadurch geschehen, dass man die negativen Wirkungen nicht gegen ihn eintreten liess, ihn also zur Wiederaufnahme des Processes ermächtigte. —

Ein weiteres Mittel zur Herbeiführung eines sofortigen Erfolges ist die Anwendung absoluten Zwanges seitens der Staatsgewalt. Sofern ein solcher Zwang dazu verwendet wurde, Besitz-

übertragungen oder sonstige faktische Wirkungen, wie die Entfernung unerlaubter Vorrichtungen, die thatsächliche Freiheit einer Person etc. herbeizuführen, gilt bezüglich der Gestaltung der Stellvertretung ganz dasselbe, was bezüglich der zuvor genannten Fälle ausgeführt wurde. Dadurch, dass ein solches Einschreiten der Staatsgewalt unter Umständen von einem Antrag des Vertreters abhängig gemacht wird, wird die Vertretung nicht zu einer indirekten gestempelt. — Nicht bestritten ist, dass im römischen Recht von derartiger Naturalexecution innerhalb der extraordinariae cognitiones umfassender Gebrauch gemacht wurde, Zweifel bestehen nur über das Maass der Ausdehnung derselben[1]).

Zur Erzwingung von Handlungen des Beklagten findet man im römischen Recht einmal die magistratischen Zwangsmittel, prehensio, multae dictio, pignoris capio, und sodann das Mittel fortgesetzter Geldcondemnation verwendet[2]). Mit der ersteren wurde beispielsweise vorgegangen innerhalb des Excusationsprocesses, das letztere Mittel wurde angewandt beim interdictum de homine libero exhibendo[3]).

Beschränkt war die Anwendung solch compulsiven Zwangs, wie es auch in der Natur der Sache liegt, auf diejenigen Fälle, in welchen der Erfolg der zu erzwingenden Handlung nicht wohl auf andere Weise hergestellt werden konnte.

Geht man ausschliesslich von solchen Fällen aus und betrachtet man als Wirkung des Processes die zu erzwingende Handlung, so kann in Bezug auf diese Wirkung von einer indirekten Vertretung in keiner Weise die Rede sein. Versteht man dagegen unter positiver Wirkung des Processes denjenigen

---

[1]) cf. Bekker, Aktionen II, S. 206 N. 66 und 67.

[2]) Die gewöhnliche pecuniaria condemnatio gehört nicht hierher, da sie nie blos Zwangsmittel, sondern immer zugleich Ersatz für Nichtherbeiführung des primär geschuldeten Erfolgs ist.

[3]) cf. in letzterer Beziehung l. 3 § 13 de hom. lib. exh. 43, 29. — An die Anwendung magistratischen Zwangs könnte man noch denken beim Process um Freilassung, um Emancipation, bei der Klage des Sklaven gegen den Herrn auf Verkauf wegen intolerabilis saevitia (cf. Bekker, Aktionen II, S. 194, 195 und die dort citirten Stellen). Möglich ist aber auch, dass in diesen Fällen die betreffende Handlung durch einen richterlichen Akt, welcher denselben Erfolg hatte, ersetzt wurde (cf. den Spruch libertatem deberi in l. 26 § 7, l. 28 § 4, l. 51 §§ 4—11 de fid. lib. 40, 5).

Erfolg, der unmittelbar herbeigeführt wird, — einen Erfolg, der sich mit dem von der klägerischen Partei erstrebten Erfolg nicht deckt, — so ist zwischen den beiden Wirkungen, Anwendung magistratischer Zwangsmittel, und (eventuell zu wiederholender) pecuniaria condemnatio zu unterscheiden.

Bei der ersteren kann auf klägerischer Seite von einer indirekten Vertretung aus logischen Gründen keine Rede sein. Der Zwang greift Platz zu Gunsten des an der Handlung Interessirten. Auf beklagtischer Seite ist eine indirekte Vertretung, eine Benützung des Vertreters als Prügeljungen, aus Vernunftgründen ausgeschlossen. Dagegen kann bei indirektem Zwang durch pecuniaria condemnatio eine indirekte Vertretung wenigstens in gewissem Sinn auf beiden Seiten Platz greifen. Man kann den Vertreter des Beklagten verurtheilen und ihn Regress nehmen lassen, und man kann den Vertreter des Klägers zum Gläubiger machen mit der Auflage, das Erhaltene dem Vertretenen herauszugeben. Immerhin ist dies aber eine andere Art indirekter Vertretung als diejenige innerhalb des gewöhnlichen auf pecuniaria condemnatio gerichteten Processes, weil die pecuniaria condemnatio in dem hier in Frage stehenden Fall nicht Aequivalent für den von der klägerischen Partei erstrebten Erfolg ist.

Wurden in denjenigen Fällen, in welchen indirekte Stellvertretung nicht Platz greifen konnte, auf beklagtischer Seite Vertreter zugelassen, zu deren vollständiger Legitimation noch eine Ratihabition des dominus nöthig war, so konnte das wohl nur in der Weise geschehen, dass man die Handlung des Beklagten zwar sofort erzwang, demselben aber die Möglichkeit offenhielt, die Wiederaufhebuug des durch die betreffende Handlung herbeigeführten Zustands zu verlangen. Wenn der Zwang zur Handlung hätte suspendirt werden müssen, so wäre die Zulassung einer Vertretung zwecklos gewesen.

Wir gehen nunmehr über zu denjenigen Wirkungen, durch welche lediglich die Sicherstellnng eines Erfolgs für die Zukunft herbeigeführt werden soll.

Die Erfüllung eines solchen Sicherungszwecks kann auf verschiedene Weise erfolgen, durch Androhung zukünftigen absoluten

Zwangs oder durch Androhung öffentlicher Strafen für den Fall, dass der Beklagte sich anders verhält, als ihm anbefohlen wird, ferner durch die Einräumung von Rechten, sei es nun Klagerechten oder Befugnissen zum eigenmächtigen Handeln an den Kläger (wobei man wieder die Befugniss zu rechtlich wirksamem Handeln wie bei eigenmächtiger Okkupation oder Pfandnahme und die Befugniss zu blos faktischem Handeln unterscheiden kann). Ein besonderer Fall der Verleihung von Rechten an den Kläger ist der, dass ein bisher die Rechte desselben beschränkendes Recht des Beklagten aufgehoben wird. — Häufig besteht eine dem Kläger für die Zukunft drohende Gefahr speziell darin, dass ein Recht ihm für die Zukunft bestritten werden könnte und er nicht in der Lage wäre, den Beweis desselben zu erbringen. In diesen Fällen ist kein Bedürfniss vorhanden, erst noch besondere Rechte des Klägers für den Fall solcher Bestreitung zu constituiren, es genügt, wenn man ein Urtheil mit Feststellungswirkung ergehen lässt.

Diese Feststellungswirkung besteht darin, dass das in dem Urtheil constatirte Recht in allen Processen zwischen Kläger und Beklagtem, in denen es zur Sprache kommt, als vorhanden zu Grund gelegt werden muss. In ganz gleicher Weise kann auch die Feststellung des Nichtvorhandenseins von Rechten, des Vorliegens oder Nichtvorliegens einzelner Thatsachen zugelassen werden, wenn die Sicherheit des Klägers durch die Behauptung des betreffenden Rechts, die Behauptung oder Bestreitung der betreffenden Thatsache seitens des Beklagten bedroht ist. Die Feststellungswirkung kann von der Rechtsordnung, sei es allein im Interesse der Rechtssicherheit oder auch aus anderen Gründen, bestimmten Urtheilen ein für allemal beigelegt werden, gleichgiltig, ob die Parteien Feststellung verlangen oder nicht. Dies wird namentlich da der Fall sein, wo ein auf Dauer angelegtes Rechtsverhältniss im Process bestritten war. Eine besonders verstärkte Feststellungswirkung greift da ein, wo das objektive Recht von der Constatirung eines Rechtsverhältnisses zwischen zwei bestimmten Personen Beziehungen der einen derselben zu einer beschränkten oder unbeschränkten Anzahl weiterer Personen abhängig sein lässt, wie dies namentlich bei Statusfeststellungen und auf dem Gebiete der Erbschaftsprocesse der Fall ist. Eine ganz analoge Wirkung wie die Feststellungswirkung liegt da vor, wo in einem Process die

Constituirung oder Aufhebung von Rechtsbeziehungen lediglich zu dem Zweck erfolgt, dass die klägerische Partei in künftigen Processen auf diese Festsetzung sich soll berufen können. Auch in solchen Fällen (z. B. bei der querela inofficiosi testamenti) spricht man von Feststellungswirkung. — Dagegen pflegt man bei der gewöhnlichen Rechtsconstituirung oder Rechtsübertragung durch Urtheil, also z. B. bei der Adjudication, Gewährung der Freiheit im fideicommissarischen Freiheitsprocess, keine besondere Feststellungswirkung zu unterscheiden, da sich aus der zu anderem Zweck erfolgenden gerichtlichen Rechtsconstituirung eine entsprechende Sicherungswirkung von selbst und mit Nothwendigkeit ergibt. Auch wir werden uns im Folgenden diesem Sprachgebrauch anschliessen und beispielsweise die querela inofficiosi mit den Feststellungsprocessen zusammen behandeln, während wir die bei der gewöhnlichen Rechtsconstituirung oder Rechtsaufhebung von selbst sich ergebende Sicherungswirkung, bei Seite lassen.

Im römischen Recht waren die Processe, in denen lediglich die Sicherung zukünftiger Erfolge die unmittelbare Wirkung des Urtheils war, nicht gerade zahlreich. Der Grund davon ist, dass man innerhalb des Formularprocesses, wo es irgend angieng, eine Umwandlung des klägerischen Anspruchs in einen Geldanspruch vornahm, wenn es zum Endurtheil kommen musste. So erfolgte vielfach die Sicherung zukünftiger Erfolge durch Cautionen oder Erlassverträge, die ihrerseits durch eventuelle sofortige pecuniaria condemnatio erzwungen wurden [1]).

Das Mittel der Erzeugung von Rechten des Klägers durch den Process für den Fall eines bestimmten Verhaltens des Gegners finden wir bei den prohibitorischen Interdikten, wenn wir das Verfahren bis zum Erlass des Interdiktbefehls für sich betrachten. Durch den Interdiktbefehl wurde hier erst ein Recht des Klägers für den Fall, dass der Gegner dem Befehl zuwiderhandle, geschaffen. Die Aufhebung von Befugnissen des Beklagten behufs Sicherstellung des Klägers gegen Handlungen desselben liegt vor bei der remotio suspecti tutoris, sofern man bei derselben noch von einem civilprocessualen Verfahren reden darf.

Mannigfach ventilirt wurde schon die Frage, ob und in wie

---

[1]) cf. Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 197 Z. 2 N. 1.

weit das römische Recht Feststellungswirkungen ausgebildet hat. — Was zunächst die Processe betrifft, in denen eine solche Feststellung ausschliessliche Wirkung des Urtheils ist, so gehen wir davon aus, dass es eine beschränkte Zahl solcher Processe, in welchen der Sicherungsanspruch des Klägers durch eine Feststellung befriedigt wurde, gab [1]). Von einer Aufzählung und Deutung der einzelnen Feststellungsprocesse ist hier selbstverständlich abzusehen. Als Beispiele mögen erwähnt werden das praejudicium an praedictum sit und die querela non numeratae pecuniae [2]). Eine besondere Kategorie bilden die Statusfeststellungen, sofern dieselben, wie das praejudicium über Libertinität und Ingenuität, das praejudicium de partu agnoscendo und etwaige andere Feststellungen des Kindschaftsverhältnisses oder der patria potestas [3]), rein präjudicieller Natur sind [4]). Wieder eine besondere Gruppe würden die querela inofficiosi testamenti und die Processe über Echtheit, Giltigkeit u. s. w. eines Testaments bilden, wenn und insoweit diese Fragen in einem besonderen Verfahren, unabhängig von der hereditatis petitio zur Erledigung gebracht wurden [5]). Bei den beiden letzteren Kategorieen greift die gesteigerte Feststellungswirkung, welche auch auf das Verhältniss zu dritten Personen sich bezieht, Platz.

---

[1]) cf. Bülow, de praejudicialibus formulis Breslau 1859; Bekker, Aktionen I, S. 285—288; Degenkolb, Einlassungszwang u. Urtheilsnorm S. 187 ff.

[2]) cf. über dieselbe Bekker, Akt. I, Beil. N.

[3]) cf. l. 3 § 3 D. de lib. exh. 43, 30. Ob es ein praejudicium, an in potestate sit oder an filius sit gegeben hat, muss dahingestellt bleiben. (cf. l. 1 § 2 D. de rei vind. 6, 1.)

[4]) Dass es eine rein praejudicielle Entscheidung der Frage, ob Jemand Sklave einer bestimmten Person oder Freier sei, gegeben habe, ist nicht wahrscheinlich. Es ist desshalb auch wohl mit Lenel ed. perp. S. 304—309 anzunehmen, dass es kein praejudicium „an liber sit“ gab. Ob freilich der Statusprocess mittelst einer formula petitoria eingeleitet werden konnte, ist eine andere Frage.

[5]) Ob diese Processe eine solche selbständige Stellung einnahmen, ist sehr schwer festzustellen. Dass eine besondere Entscheidung über die betreffenden Fragen erging, ist von Bekker genügend nachgewiesen. Bekker nimmt (S. 280 N. 18) weiter an, dass bei Einverständniss der Betheiligten auch ein besonderes Verfahren zur Entscheidung solcher Fragen habe angeordnet werden können. Dagegen verwirft er den Einlassungszwang auf eine solche präjudicielle Klage. Gegen die letztere Annahme scheint allerdings die l. 7 § 1 D. de her. pet. 5, 3 zu sprechen.

Nicht hierher gehören die willkürlich durch sponsiones von beiden Parteien herbeigeführten Feststellungen [1]) und die gesonderte Feststellung einzelner Punkte innerhalb eines Verfahrens mit weiterem Umfang, sofern diese Feststellung keine über den vorliegenden Process hinausgreifende Bedeutung hat [2]).

Wir gehen ferner davon aus, dass durch diese praejudicia eine wirkliche fest abgegrenzte Rechtskraftswirkung mit formeller Wahrheit auch für Dritte, nicht etwa blos eine faktische, speziell innerhalb der Beweiswürdigung späterer Richter zum Ausdruck kommende Wirkung erzeugt wurde [3]). Mit der Anerkennung einzelner bestimmter Feststellungs*ansprüche* musste eine Präcisirung und rechtliche Fixirung der Feststellungs*wirkung* Hand in Hand gehen. Diese Präcisirung und Fixirung wird man sich allerdings allmählich durch gewohnheitsrechtliche Bildung zu Stande gekommen denken müssen. Quellenmässigen Anhalt für die Rechtskraftswirkung haben wir bezüglich der Statusfeststellungen in l. 1 § 16, l. 2 und 3 pr. D. de agn. et al. lib. 25, 3; l. 25 D. de statu hom. 1, 5; l. 14 de jure patr. 37, 14. Im allgemeinen zu vergleichen ist l. 207 D. de reg. juris 50, 17 und bezüglich der Processe um Wirksamkeit eines Testaments die l. 12 § 3 D. de bon. lib. 38, 2.

Ebenso sicher wie die Existenz besonderer Feststellungsprocesse mit ausgesprochener Feststellungswirkung ist das Vorkommen der genannten Wirkung innerhalb bestimmter von Haus aus auf weitere Resultate angelegter Processe.

---

[1]) cf. über diese Bekker, Act. I, S. 254, 255. Beispiele S. 249 ff. Bezüglich der Wirkungen dieser Processe ist zu vergleichen das von Bekker eod. S. 376 und 377 Bemerkte.

[2]) Solche Feststellungsprocesse scheinen am Anfang des Formularprocesses vom Praetor häufig in solchen Fällen herbeigeführt worden zu sein, in denen später durch Einrückung einer praescriptio oder exceptio in die Formel geholfen wurde. — Ob später noch das praejudicium utrum ex servitute in libertatem petatur an ex libertate in servitutem ein solcher Feststellungsprocess war, der nur zur unmittelbaren Vorbereitung der status controversia dienen konnte, oder ob demselben eine selbständige Bedeutung zukam, muss dahingestellt bleiben.

[3]) Die letztere Ansicht wurde namentlich von Bülow de praejudicialibus formulis § 5 S. 40 und Leonhard de natura actionis quae praejudicialis vocatur 1874 S. 63 ff. aufgestellt. Dagegen mit entscheidenden Gründen Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 149 ff. (zweifelhaft Bekker, Akt. I, S. 266—269).

Hier sind vor Allem zu nennen diejenigen Statusprocesse, bei welchen zunächst und in erster Linie die Durchführung eines Gewaltverhältnisses, wie des dominiums über den Sklaven, der patria potestas über den Haussohn, gegenüber dem das Gewaltverhältniss selbst bestreitenden Gewaltunterworfenen auf der einen, die Befreiung von einem solchen Gewaltverhältniss auf der anderen Seite bezweckt wird. Ferner sind zu nennen die querela inofficiosi testamenti und die ihr verwandten Processe, wenn und soweit die Feststellung der Inofficiosität, Nichtigkeit, Fälschung u. s. w. des Testaments im Erbschaftsprocess selbst erfolgte.

In wie weit abgesehen von diesen besonderen Fällen eine solche Feststellungswirkung im römischen Recht anerkannt war, muss selbstverständlich hier dahingestellt bleiben. Diese Frage hat von jeher und bis in die neueste Zeit zu den bestrittensten gehört. Möglich ist vor allem, dass beim dinglichen Rechtsstreit die pronuntiatio rem actoris esse für den Fall, dass auf Grund derselben restituirt wurde, solche Wirkungen hatte. Dagegen hat bei gewöhnlicher pecuniaria condemnatio eine solche wohl nicht Platz gegriffen.

Was nun die Gestaltung aller dieser Sicherungswirkungen beim Eintritt von Vertretern betrifft, so scheint uns auf der Hand zu liegen, dass sie alle auf die Person des Vertretenen abgestellt werden mussten. Die klägerische Partei wird weder dadurch, dass ihr Vertreter gegen den Beklagten, noch dadurch, dass sie selbst gegen den Vertreter des Beklagten für den Fall eines bestimmten Verhaltens der letztgenannten Person ein Recht erhält, genügend gesichert [1]). Dasselbe Verhältniss greift Platz bezüglich der Feststellungswirkungen. Was würde es helfen, wenn nur in den Processen des Vertreters oder mit einem Vertreter das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Rechts oder der Thatsache zu Grund gelegt werden müsste? Die Zumuthung an den Kläger, alle die Processe, in denen die Feststellung von Werth sein kann, durch denselben Vertreter führen zu lassen, wäre sinnlos. — Es musste, wenn der durch einen Vertreter geführte

---

[1]) Das Verhältniss zwischen Principal und Procurator kann ein ganz anderes werden. Ein indirekter Druck auf den Beklagten durch Verleihung eines eventuellen Klagerechts gegen einen regressberechtigten Vertreter hätte jedenfalls nur auf kürzere Zeitstrecken angewendet werden können.

Process überhaupt irgendwelchen Werth haben sollte, zum mindesten die Möglichkeit gegeben sein, dass bei Ratihabition des dominus die Wirkung für ihn eintrat. Daneben konnte dann ebenfalls eine Wirkung für oder gegen den Vertreter erfolgen, dies war aber von untergeordneter Bedeutung.

Vollkommen ausgeschlossen ist die Möglichkeit indirekter Stellvertretung da, wo auf ein bestimmtes Verhalten des Beklagten öffentliche Strafen gesetzt wurden und wo das Sicherungsmittel für den Kläger in der Aufhebung von Rechten des Beklagten besteht. Es wird sich hier nur um eine Anfechtung der Entscheidung behufs Wiederaufhebung der Drohung oder Wiedereinsetzung in das entzogene Recht handeln können.

In allen Fällen nun, in welchen die wirkliche Abstellung der Wirkungen des Processes auf den Vertreter unmöglich wäre, wird auch eine scheinbare ausgeschlossen sein. Bezüglich der Feststellungswirkungen kommt noch besonders in Betracht, dass hier die Magistrate gar nicht die Möglichkeit gehabt hätten, dieselben auf den Vertretenen rückzuübertragen, wenn sie einmal in Folge der Gestaltung der Formel für den Vertreter eingetreten wären aus dem Grunde weil diese Wirkungen, wie wir angenommen haben, auf einem Magistrat und Richter gleichmässig verbindenden Gewohnheitsrecht beruhten. Wo in Processen, welche nur solche auf den Vertreter nicht abstellbare Wirkungen hatten, eine besondere Gebundenheit desselben an den Process herbeigeführt werden sollte [1], musste dies in anderer Weise als durch scheinbare Abstellung der Urtheilswirkungen auf den Vertreter geschehen.

II. § 21. Fälle der Vertretung ohne dominium litis.

In wie weit in allen diesen Fällen, in welchen die regelmässigen Vertretungsformen keine Anwendung finden konnten, eine Vertretung überhaupt zugelassen war, lässt sich wohl im Einzelnen nicht mehr mit Sicherheit feststellen und würde jedenfalls hier zu weit führen.

Es genügt jedoch für unseren Zweck, einzelne solche Fälle zu constatiren. Ergiebt sich, dass auch nur in einzelnen Fällen

[1] Dies war in den Fällen, in welchen eine Cäsur des Verfahrens Platz griff, also hauptsächlich in den Feststellungprocessen immerhin ein möglicher Zweck.

das römische Recht andere Vertretungsformen entwickelt hat, so werden Aufstellungen wie die, dass das klassische römische Recht für den Gedanken direkter Stellvertretung unzugänglich gewesen sei, allen Boden verlieren, unsere obigen Ausführungen über die positiven Gründe, welche zur Ausbildung der indirekten Vertretung, der Vertretung mit dominium litis, drängten, dagegen an Glaubwürdigkeit gewinnen.

Wir prüfen desshalb diejenigen Fälle, in denen positive Nachrichten über eine solche besonders geartete Vertretung vorhanden sind, noch etwas genauer.

Vertretern, welche auf Grund perfekter und liquider Legitimation sofort, unmittelbar und definitiv sämmtliche Wirkungen des Processes für den dominus herbeiführen, begegnen wir in grösserer Anzahl. Dahin gehören vor allem die assertores im liberale judicium, deren Processiren man sich im Wesentlichen ebenso zu denken hat, wie früher im Legisaktionenprocess. An sie schliesst sich an der Vertreter des Haussohns beim interdictum de liberis ducendis[1]) und bei einer eventuellen Vindikation der patria potestas[2]). Ebenfalls hierher gehört das schon geschilderte Processiren des accusator suspecti tutoris.

Zweifellos als direkter Vertreter erscheint der Tutor bei der missio in possessionem ex edicto Carboniano und bei der auf Grund prätorischer Cognition erfolgenden definitiven Einweisung

---

[1]) Das interdictum de liberis ducendis fassen wir wie Demelius (Exhibitionspflicht S. 247) auf als einen Process des Vaters gegen den der Durchführung der patria potestas widerstrebenden Sohn. Wenn der Sohn nicht widerstrebt, so kommt es gar nicht zur Anwendung von Gewalt, zu dem Versuch eines ducere. Der Dritte, mit dem der Process geführt wird, muss also, auch wenn er eigene Rechte geltend macht, immer zugleich Vertreter des Haussohns sein (cf. l. 3 § 3 D. de lib. exh. 43, 30, in welcher das defendere von einer eigentlichen Vertretung zu verstehen ist). — Anders ist die Sachlage beim interdictum de liberis exhibendis. Hier ist die dritte Person, gegen welche auf Herausgabe geklagt wird, nicht Vertreter, sie muss eigene Rechte prätendiren. Gegen sie richtet sich von Haus aus der Angriff des Interdictklägers. Auf die Stellung, welche das Kind einnimmt, ob es bei dem Beklagten freiwillig ist oder gezwungen, kommt alsdann nichts an. Wenn Ulpian in l. 3 § 1 sagt, dass das letztere Interdict für das erstere präparatorisch sei, so kann diese Function in einzelnen Fällen allerdings Platz greifen, in der Hauptsache sind aber die Tendenzen beider Interdicte verschieden.

[2]) Die Existenz derselben wird für das klassische Recht bestritten von Demelius l. c. S. 244, 245.

eines Pupillen in den Besitz der Erbschaft[1]). In gleicher Weise hat man sich die Vertretung des partus durch die Mutter im praejudicium de partu agnoscendo als eine direkte, vollwirksame zu denken[2]). Endlich findet man eine solche Vertretung, bei der unmittelbar und sofort Wirkung für den Vertretenen hergestellt wird, innerhalb einer auf pecuniaria condemnatio auslaufenden extraordinaria cognitio bei der Alimentenklage namens einer wahnsinnig gewordenen Frau gegen ihren Ehemann[3]).

Sofortige und definitive Wirkung für den dominus dürften ferner sämmtliche Vertreter durch Erlangung eines prohibitorischen Interdiktbefehls herbeigeführt haben. Die Fassung des Interdiktbefehls, die mindestens in der Regel eine unpersönliche war, stand der Wirkung für und gegen den dominus nicht im Weg.

Spezielle Nachricht haben wir über den Remissionsprocess, wo sowohl auf Seite des Nuntianten als des Nuntiaten Prokuratoren und Defensoren erwähnt werden[4]). Die Wirkung, welche durch diesen Process herbeigeführt wurde, war der Art, dass eine Wiederaufhebung derselben unmöglich war. Was einmal auf Grund prätorischer Erlaubniss gebaut war, das brauchte gewiss ohne Nachweis des materiell zu Grund liegenden Rechtsverhältnisses seitens des Gegners nicht wieder eingerissen zu werden, auch wenn die Remission zu Unrecht erfolgt war. Ausserdem ist auch zweifelhaft, ob das Remissionsdekret auf Grund einer Anfechtung zurückgenommen werden konnte. Da nun für den Nuntianten durch eine ungerechtfertigte Remission voraussichtlich ein irreparabler Nachtheil entstand, musste der Praetor besondere Vorsichtsmassregeln anwenden, dass kein nicht gehörig legitimirter Vertreter auf dieser Seite eintrat[5]).

Von einem d e f e n s o r des suspectus tutor bei der accusatio suspecti ist uns in l. 39 § 7 D. de proc. et def. 3, 3 berichtet[6]).

---

[1]) l. 1 pr. D. l. 3 § 5 D. de Carb. ed. 37, 10.

[2]) l. 1 § 16, 2, 3 pr. D. de lib. agn. 25, 3.

[3]) l. 22 § 8 D sol. matr. 24, 3.

[4]) l. 5 § 19, l. 13 § 2 D. d. o. n. n. 39. 1.

[5]) L. 13 § 2 D. de o. n. n. 39, 1: Julianus libro quadragesimo primo digestorum: Si a parte ejus, qui opus novum nuntiaverat, procurator interveniat, id agere praetorem oportet, ne falsus procurator absenti noceat, cum sit indignum quolibet interveniente beneficium praetoris amitti.

[6]) l. 39 § 7 cit.: Item ait (sc. Pomponius), si suspectus tutor postuletur, defensorem ejus oportere etiam de rato cavere, ne reversus ille velit retractare

Hier finden wir jedenfalls bei der von Pomponius zugelassenen Defension, resolutive Bedingtheit des herbeigeführten Erfolgs, wie aus den Worten ne reversus ille velit retractare quod actum est mit Sicherheit hervorgeht. Ob die Vertreter, welche ULPIAN noch zulässt, definitive Wirkung herbeiführten, muss dahingestellt bleiben[1]).

Ganz allgemein ferner ist die Möglichkeit einer Defension erwähnt für die praejudicia in l. 35 § 2 D. de proc. et def. 3, 3[2]), obgleich aus dieser Stelle kein absolut sicherer Schluss auf die Zulassung defensorischer Vertretung bei allen praejudicia sich ergibt. Für die Zulassung von Prokuratoren zur Klage im praejudicium lässt sich aus der Stelle kaum etwas entnehmen. Sofern eine Vertretung durch procuratores und defensores hier möglich war, hätte man sich den Eintritt der Feststellungswirkung als durch die Ratihabition des dominus suspensiv bedingt zu denken. Fragen könnte man, wie die Römer denn dazu kommen sollten, eine solche Vertretung zuzulassen, da doch der Gegner durch den Process mit dem defensor zunächst gar nichts erreichte, und durch das Auftreten eines procurator für den abwesenden Kläger ebenfalls kein sofortiges Resultat herbeigeführt wurde. Warum setzte man im Fall der Abwesenheit des Vertretenen den Process nicht aus bis zur Rückkehr desselben? Darauf ist zu erwidern, dass, wenn man auch vor der Ratihabition keine Wirkung des Processes für und gegen den Vertreter annimmt, die Möglichkeit sofortigen Processirens sowohl durch als gegen einen Vertreter mannigfache Vortheile bieten konnte. Der klagende procurator konnte vor allem das erreichen, dass nach der Feststellung gewisse Handlungen des Gegners als dolose erschienen wären und derselbe Zweck konnte der Klage des Gegners gegen einen Vertreter, der das Vermögen eines Abwesenden verwaltet, zu Grunde liegen. —

Zweifellos zugelassen finden wir Prokuratoren im Status-

---

quod actum est, sed non facile per procuratorem quis suspectus accusabitur (MOMMSEN: per proc. qui susp. accusabitur defendetur), quoniam famae causa est, nisi constet, ei a tutore mandatum nominatim, aut si etiam absente tutore, quasi non defenderetur, praetor erat cogniturus.

[1]) Es hängt dies mit der Frage zusammen, ob die Specialmandatare früher consumirt haben, als andere prokuratorische Vertreter (s. o. S. 102 N. 1).

[2]) l. 35 § 2 cit.: ULPIANUS libro nono ad ed.: non solum autem si actio postuletur a procuratore sed et si praejudicium . . . debebit absentem defendere . . .

process auf Seiten dessen, der ein Gewaltverhältniss gegen einen andern geltend macht. Diese Fälle verdienen besondere Beachtung.

Eine Vertretung des dominus im liberale judicium durch einen Procurator ist uns, und zwar schon für die Zeit LABEOS, durch die l. 8 § 2 D. rat. rem hab. 46, 8, ausserdem durch l. 39 § 5 D. de proc. et def. bezeugt[1]). Jedenfalls zur Zeit LABEOS musste der Eintritt der Processwirkungen hier von einer Ratihabition des dominus abhängig sein. Die Zulassung einer solchen Vertretung könnte auf den ersten Blick als eine zu grosse Härte gegen den de statu suo litigans erscheinen, und um so mehr auffallen, als sich der Bemessung einer cautio rati hier besondere Schwierigkeiten entgegenstellen. Bedenkt man übrigens das Bedürfniss, dass auch bei absentia des dominus die Möglichkeit einer status controversia gegeben war, und die Nachtheile, welche nach dem in § 15 Ausgeführten eine Vertretung mit definitiver Wirkung durch einen möglicherweise instruktionslosen procurator für den dominus gehabt hätte, und bedenkt man weiter die besondere Berücksichtigung den Interessen der vornehmen Römer in der späteren Zeit der Republik und im Anfang der Kaiserzeit, so wird man die geschilderte Gestaltung bei Vertretung eines Abwesenden erklärlich finden. Dagegen muss unbedingt angenommen werden, dass alle Vertreter eines anwesenden dominus, auch die Tutoren und Curatoren, consumirten und definitive Wirkung für den Vertretenen herbeiführten.

Bezüglich der Vertretung des paterfamilias bei Geltendmachung der patria potestas ergibt sich aus l. 40 pr. D. de proc.

---

[1]) l. 8 § 2 cit. VENULEJUS l. quinto decimo stipulationum: Si quis a procuratore status controversiam patiatur, satis accipere debet a procuratore, ne impune saepius pro suo statu conveniretur et, si dominus venientesque ab eo personae ratum non habuerunt, quod procurator eum in servitutem petierit vel adversus procuratorem ex servitute in libertatem petitus fuerit, quanti ea res est, ei praestetur, scilicet cum de libertate ejus constiterit, id est quanti interfuerit ejus de statu suo rursus non periclitari et propter impendia quae in litem fecerit. Sed LABEO certam summam comprehendendam existimabat, quia aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur. Ex quo autem dominus ratum non habuerit, committi videtur stipulatio, sed non ante ex ea agi poterit, quam de libertate judicatum fuerit, quia, si servus sit judicatus, inutilis fit stipulatio, cum et, si qua sit actio, eam domino adquississe intellegitur.

et def. 3, 3 [1]), dass beim interdictum de liberis ducendis das Eintreten eines procurator nur auf Grund eines Spezialmandats und bei besonderer Verhinderung des paterfamilias möglich war. Die Gründe dieser Bestimmung sind klar ersichtlich. Fasst man das interdictum de liberis ducendis als Klage zur Durchführung der patria potestas gegen den widerstrebenden filius und zugleich als einen Präjudicialstreit über die patria potestas, so war dies ein Process, bei dem die persönlichsten Interessen des Vaters betheiligt waren und bei dem in den meisten Fällen schon zur Aufklärung des Sachverhalts die Anwesenheit desselben erforderlich sein mochte. Ausserdem konnten hier wohl keine Fälle vorkommen, in denen es mit der Anstellung der Klage eine solche Eile gehabt hätte, dass nicht eine Herbeirufung des Vaters oder mindestens die Einholung eines Spezialmandats möglich war. Anders liegt die Sache bei dem interdictum de liberis exhibendis, der Klage gegen denjenigen, der sich selbständig zwischen das Kind und den Vater stellte. Hier musste wohl in vielen Fällen eine Vertretung des Vaters in weiterem Umfang möglich sein, wenn auch in einzelnen Fällen, so z. B. beim Process gegen die Mutter, eine Beschränkung der Vertretungsmöglichkeit angezeigt sein mochte. So mussten im Fall eines Kinderraubs [2]) unbedingt Generalmandatare und sogar unbeauftragte Stellvertreter processiren können.

Bei jeder Vertretung des abwesenden paterfamilias, auch bei einer solchen durch Spezialmandatare ist, jedenfalls für die frühere Zeit, keine Consumption des Klagerechts anzunehmen. Wenn irgendwo, so mussten hier die Gründe, welche für eine Abhängigkeit des Erfolgs von einer Ratihabition des dominus sprachen, von durchschlagender Bedeutung sein. Gerade hier war ein Fall vorhanden, in dem der paterfamilias häufig sich der in Folge der cautio rati des Vertreters entstehenden Ersatzpflicht unterwerfen mochte, um ein viel wichtigeres Interesse zu schützen.

---

[1]) l. 40 cit. ULPIANUS libro nono ad ed.: POMPONIUS scribit non omnes actiones per procuratorem posse quem instituere. denique ut liberi, qui in potestate absentis dicuntur, ducantur, interdictum non posse desiderare ait nisi, ut JULIANUS ait, causa cognita, id est si et nominatim ei mandatum sit et pater valetudine vel alia justa causa impediatur.

[2]) Auch in einem solchen Fall dürfte in späterer Zeit das interdictum de liberis exhibendis das geeignete Rechtsmittel gewesen sein, wenn auch daneben eine actio furti bestand. (GAIUS III, 199.)

Von Interesse, aber zweifelhaft, ist die Vertretung bei der querela inofficiosi testamenti.

Auf Seiten des Intestaterben dürften hier nur Vertreter mit liquider Legitimation, gewillkürte Vertreter entweder gar nicht oder nur auf Grund einer Spezialvollmacht zugelassen worden sein. Die Querel galt, wie namentlich aus der l. 8 pr. de inoff. test. 5, 2 hervorgeht[1]), als Geltendmachung eines höchst persönlichen Beschwerderechts des Verletzten. Desshalb konnte der Vater des Uebergangenen nicht gegen dessen Willen processiren. — Tutoren wurden, wie es scheint, erst durch ein Rescript des Septimius Severus und Caracalla zur Vertretung zugelassen[2]). Der Ausschluss gewillkürter Stellvertreter wird nahe gelegt durch l. 5 § 11 D. de his quae ut ind. auf. 34, 9, wo ein procurator des accusator falsi oder inofficiosi, wenn es einen solchen gegeben hätte, genannt sein dürfte. Unterstützend, wenn auch nicht entscheidend, kommt für die Beschränkung der Stellvertretung in Betracht, dass der Satz nemo alieno nomine lege agere potest in l. 123 D. de reg. jur. 50, 17 demselben Buch aus ULPIAN's Ediktscommentar entnommen ist[3]), in welchem derselbe das Recht der querela inofficiosi testamenti behandelt, und dass, wie wir wissen, die Querel im Anfang der Kaiserzeit vor dem Centumviralgericht mittelst einer legis actio sacramento verfolgt wurde[4]).

Das letztere Moment würde auch für die Beschränkung der Stellvertretung auf Seiten des Testamentserben sprechen. Sachliche Gründe kommen hier namentlich gegen die Zulassung nicht vollständig legitimirter Vertreter in Betracht. Nicht verwerthbar für die klassische Zeit ist in Beziehung auf diese Stellvertretung

---

[1]) l. 8 pr. cit. ULPIANUS libro quarto dec. ad ed.: Papinianus libro quinto quaestionum recte scribit inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: ipsius enim injuria est.

[2]) l. 30, § 1 D. de inoff. test. 5, 3: MARCELLUS libro quarto inst.: Tutoribus pupilli nomine sine periculo ejus, quod testamento datum est, agere posse de inofficioso vel falso testamento divi Severus et Antoninus rescripserunt. — Die Stelle lässt jedoch auch die Auslegung zu, dass durch das Rescript nur bestimmt worden sei, dass die Tutoren sine periculo processiren können.

[3]) cf. oben § 3.

[4]) Diese Thatsache kann desshalb nicht von entscheidender Bedeutung sein, weil bei Zwischenschiebung einer Sponsion (cf. G. IV, 95) keine unmittelbare Verletzung der Regel nemo alieno nomine lege agere potest stattgefunden hätte.

die l. 14 § 1 D. de app. et rel. 49, 1 [1]), da dieselbe, wie SCHULTZE in der Zeitschrift für Civilprocess Bd. II S 54 Anm. 69 us. Es. überzeugend hervorgehoben hat, der Interpolation dringend verdächtig erscheinen dürfte. Wo innerhalb der querela inofficiosi ein Vertreter auftreten würde, müsste er, wenn auch eine etwaige pecuniaria condemnatio auf ihn abgestellt würde, doch bezüglich der Feststellungswirkungen direkter Vertreter sein. Bei unvollständiger Legitimation wäre in Beziehung auf die letzteren eine Abhängigkeit des Eintritts von einer Ratihabition des vertretenen Testamentserben denkbar.

Aus den angeführten Beispielen geht zur Genüge hervor, dass die Römer auch Stellvertreter in solchen Fällen zuliessen, wo mit dem gewöhnlichen materiellen oder formellen dominium litis der Vertreter nicht zu operiren war. Wir finden die betreffenden Wirkungen, welche auf den Vertreter nicht abgestellt werden konnten, überall unmittelbar für den dominus eintretend. Bei gewissen Vertretern, dem Prokurator der älteren Zeit und dem defensor wurde die Construction angewandt, dass entweder der Eintritt der betreffenden Wirkungen oder deren Fortdauer von einer Ratihabition des Vertretenen abhängig gemacht wurde, also zunächst ein resolutiv oder suspensiv bedingter Schwebezustand bezüglich der Wirkungen des Processes eintrat.

Besonders hervorzuheben ist, dass auch die Feststellungswirkungen, also spezifisch juristische Wirkungen, unmittelbar, ohne jede Verhüllung der direkten Vertretung an den Vertretenen angeknüpft wurden.

Wenn sich demnach ein ziemlich weites Gebiet constatiren lässt, auf welchem eine vollkommen direkte Stellvertretung ohne dominium litis zur Anwendung kam, so ist das Eine allerdings zuzugeben, dass in beinahe allen den Fällen, in welchen das Vorliegen einer solchen Vertretung vollständig zweifellos ist, das Verfahren kein rein civilprocessuales, sondern ein mit inquisitorischen Elementen durchsetztes gewesen sein dürfte, und dass desshalb die Wirkungen des Processes weniger unmittelbar als Resultate des Parteihandelns erscheinen. — Dass aber derartige Erwägungen für die Entwicklung dieser Stellvertretung

---

[1]) Zu vergleichen sind die Worte: „quod absente possessore nequaquam ejus nomine respondente pronuntiatum est.“

entscheidend gewesen wären und nicht vielmehr das praktische Bedürfniss, dürfte trotzdem in keiner Weise anzunehmen sein.

III. § 22. Die Behandlung des Legitimationspunkts bei der Vertretung ohne dominium litis.

Zu untersuchen bleibt noch die Art und Weise, wie die Feststellung des Legitimationspunkts in diesen Processen erfolgte, ob eine ähnliche Construktion wie bei den exceptiones cognitoriae und procuratoriae Platz griff oder ob hier anderweite Gestaltungen zum Vorschein kamen.

Was zunächst die exceptiones cognitoriae betrifft, so konnte der selbständige Gedanke, auf dem diese nach dem im § 16 a. E. Ausgeführten beruhten, auch auf diesen Gebieten zur Durchführung gelangen, nemlich insoweit, als durch die Abweisung des cognitor in Verbindung mit dem Untergang des Klagerechts des dominus nur ein vermögensrechtlicher Nachtheil für den letzteren hergestellt wurde. Innerhalb der Beamtencognition konnte der Gedanke zwar nicht wie im Formularprocess in Gestalt einer exceptio äusserlich zur Erscheinung kommen, aber materiell konnte doch eine entsprechende Construktion Platz greifen, und soweit cognitores in jenen Processen auftraten, dürften wir dies auch anzunehmen haben. Wie im Formularprocess wäre wohl auch hier an eine Präklusivfrist für die exceptivische Vorbringung von Thatbeständen, welche die cognitoris datio in dieser Weise zu einer fehlerhaften machten, zu denken (cf. o. S. 112). Ausgeschlossen war jede derartige Construction, wo andere Gesichtspunkte, z. B. Statusrechte, in Betracht kamen. So haben wir den Gedanken an eine exceptio cognitoria fernzuhalten beim Streit um Vaterschaft oder patria potestas, beim liberale judicium und wohl auch bei der querela inofficiosi testamenti. Soweit hier Cognitoren zugelassen wurden, musste eine Prüfung der Legitimation in jure oder bei Beginn der Beamtencognition stattfinden. Dasselbe Verfahren wird zur Prüfung des Bürgerrechts bei popularer Vertretungsmöglichkeit, also bei den assertores, accusatores suspecti u. s. w. nöthig gewesen sein. Wurde ein Mangel in der Legitimation entdeckt, so musste dies eine Abweisung angebrachter Massen zur Folge haben.

Wie bei den genannten exceptiones cognitoriae, so liegt auch bei der exceptio procuratoria mangels Mandats ein selbständiger

Rechtsgedanke zu Grunde. Dieselbe ist, wie EISELE (Cogn. und Prok. S. 180 ff.) überzeugend nachgewiesen hat, in Verbindung zu denken mit dem Zwang des Vertreters zur cautio rati. In diesem Zusammenhang sichert sie den Beklagten gegen die Gefahr zweimaliger Processführung durch einen dem unbevollmächtigten Vertreter in Aussicht gestellten Nachtheil. Der unbevollmächtigte Vertreter wird in Folge der exceptio procuratoria abgewiesen und hat, wenn der dominus nicht ratihabirt, und dies wird in solchen Fällen selten vorkommen, auf Grund der cautio rati dem Gegner das Interesse zu ersetzen. — Dieser Zweck konnte bei sämmtlichen im vorigen Paragraphen aufgeführten Processen, bei denen Prokuratoren auftreten, zu Grunde liegen und es ist in hohem Grade wahrscheinlich, dass solche Constructionen hier in weitem Umfang Platz gegriffen haben [1]).

Innerhalb der Beamtencognition wäre die Sache dann so zu denken, dass, wo die Legitimation nicht sofort liquid gestellt wurde, der Beamte auf Verlangen des Gegners zunächst einmal zur cautio rati aufforderte. Wurde solche verweigert, so erfolgte sofortige Abweisung. Wurde sie geleistet, so ging man zur Prüfung der Legitimation über. Stellte sich nunmehr Mangel der Vollmacht heraus, während der Vertreter solche behauptet hatte, so war die Folge Abweisung unter Haftbarkeit auf Grund der cautio rati. Wurde die Vollmacht sofort liquid gestellt, so wurde keine cautio rati verlangt. Erklärte der Vertreter von vornherein keine Vollmacht zu haben, aber solche zu erwarten, so konnte cautio rati verlangt und vorläufig auf die Verhandlung zur Sache eingetreten werden, oder konnte sofortige Abweisung (angebrachter Massen) erfolgen je nach dem Ermessen des cognoscirenden Beamten.

Eine derartige Construktion war nicht blos bei Prokuratoren, sondern auch bei tutores, curatores, actores und syndici möglich. — Ob die exceptiones procuratoriae mangels Fähigkeit sich diesen exceptiones procuratoriae mangels Vollmacht oder den exceptiones cognitoriae anschlossen, ist hier nicht zu untersuchen.

Ist das bisher Ausgeführte richtig, so ergibt sich, dass die exceptiones cognitoriae nud procuratoriae mit der besonderen Gestaltung der Vertretung im gewöhnlichen Formularprocess, dem domi-

[1]) Bei den Statusprocessen hätte die cautio rati auf eine feste Geldsumme abgestellt werden müssen.

nium litis der Cognitoren und Prokuratoren nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen, wie BÜLOW (Processeinreden S. 56 ff.) annimmt.

Die denselben zu Grund liegenden Rechtsgedanken konnten auch ausserhalb des Formularprocesses, auch innerhalb der Beamtencognition zum Ausdruck kommen. — Auch eine besondere Gebundenheit des Vertreters an den Process war nicht Voraussetzung dieserConstruktion. Nur musste, sofern schon der blosse Processbeginn durch den Vertreter die betreffenden nachtheiligen Wirkungen für ihn oder für den dominus erzeugen sollte, die Uebernahme des Processes durch den dominus ohne besondere Gestattung des richtenden oder gerichtsleitenden Beamten ausgeschlossen sein. Insofern könnte man sagen, dass ein gewisses dominium litis des Vertreters (wenn man dies so nennen will) condicio sine qua non für die Durchführung des der exceptio cognitoria und procuratoria zu Grunde liegenden Gedankens gewesen sei[1]). Ob dies der Fall war, oder ob die nachtheiligen Wirkungen erst bei Beharren auf der unerlaubten Vertretung eintraten, muss dahingestellt bleiben[2]).

Beachtung verdient die Thatsache, dass im römischen Recht auch zur Zeit des Formularprocesses in gewissen Fällen und bezüglich gewisser Vertreter sich eine Art der Behandlung des Legitimationspunktes entwickelt hat, bei welcher die Bemänglung der Legitimation den Charakter einer wirklichen processhindernden Einrede hat. Dies wäre bei den im Statusprocess oder bei der querela inofficiosi testamenti auftretenden assertores und cognitores der Fall gewesen.

Möglich ist, dass von diesen Fällen die später durch das Gesetz der Kaiser GRATIAN, VALENTINIAN II. und THEODOSIUS I. vom Jahr 382[3]) herrschend gewordene Behandlung des Legitimationspunkts ausgegangen ist.

---

[1]) So EISELE, Cogn. und Prok., S. 236.

[2]) Das würde mit der Frage, in wie weit der Praetor innerhalb des gewöhnlichen Processes translatio judicii gewährt habe, zusammenhängen.

[3]) l. 3 C. Th. de cogn. et proc. 2, 12, l. 24 C. I. de cogn. et proc. 2, 12

Schluss.

§ 23. Die gewonnenen Resultate. Vergleichung derselben mit den bisherigen Erklärungen der Gestaltung römisch-rechtlicher Processvertretung.

Die Resultate unserer gesammten Untersuchung sind kurz zusammengefasst Folgende:

Zur Zeit des Legisaktionenprocesses wurde eine processuale Stellvertretung in allen denjenigen Fällen ausgebildet, in denen ein dringendes Bedürfniss dazu vorlag. Ein solches war vorhanden vor allem bezüglich des Schutzes gewisser aus natürlichen Gründen hilfloser Personen, wie der infantes und furiosi, ferner bezüglich des Schutzes solcher Personen, welche in einem Streit, bei dem über ihre ganze bürgerliche Existenz gestritten wurde, befangen waren und welche sich aus eben diesem Grunde nach altrömischer Anschauung nicht selbst vertreten konnten. Daneben waren die Anfänge einer Vertretung Abwesender und eine gewisse, wenn auch ganz eigenthümliche, Vertretung einer juristischen Person, nemlich des populus Romanus ausgebildet.

Was die Gestaltung dieser Vertretung betrifft, so findet man bezüglich der Legitimation, abgesehen von den Fällen, in welchen dieselbe an die Stellung des Tutors oder Curators angeknüpft werden konnte, überall nur das römische Bürgerrecht als Voraussetzung zugelassener Vertretung. Nirgends war, wie es auch in der Natur der Sache lag, die Legitimation von dem Willen des Vertretenen abhängig gemacht. Bei der Liquidität der Legitimation verstand es sich von selbst, dass diese Vertreter, abgesehen von dem zweifelhaften Fall der sententia contra libertatem dicta, die negativen Wirkungen für und gegen die Vertretenen herbeiführten. — Bezüglich der positiven Wirkungen finden wir im Wesentlichen unmittelbaren Eintritt für die Person des Ver-

tretenen. Nur bei der Vertretung Abwesender nach der lex Hostilia hat sich aus besonderen Gründen eine indirekte Vertretung entwickelt.

In der Zeit des Formularprocesses machte sich nun zunächst am dringendsten das Bedürfniss nach einer weiteren Vertretung Abwesender geltend und zwar sowohl auf activer als auf passiver Seite. Auf diesem Gebiet zunächst wurde nun innerhalb des auf pecuniaria condemnatio abzielenden Formularprocesses die defensorische und prokuratorische Vertretung ausgebildet. Aus dem damaligen Entwicklungsstadium der materiellrechtlichen Stellvertretung, aus dem Mangel einer direkten Vertretung bezüglich des Eigenthumserwerbs sowie bezüglich der Disposition über den Streitgegenstand, ferner aus der Berücksichtigung der Nachtheile, welche bei definitiver Wirkung eines instruktionslosen Processirens des Vertreters für den dominus entstehen konnten, erklärt sich die Gestaltung dieser Vertretung, der Eintritt der positiven Wirkungen für die Vertreter, und der Wegfall der Consumptionswirkung bei der Vertretung auf klägerischer Seite, in vollkommen genügender Weise.

Die im Hinblick auf eine Vertretung Abwesender ausgebildeten Grundsätze blieben der defensorischen Vertretung auch bei ihrer Verwendung jenseits dieses Gebiets wesentlich. Bei der prokuratorischen Vertretung haben sich dieselben zwar in Folge der mannigfachen Wandlungen, welche dieses Institut durchgemacht hat, in mehreren Beziehungen modificirt, aber innerhalb des Formularprocesses mit pecuniaria condemnatio blieb jene doch in der Hauptsache, abgesehen von gewissen Spezialarten, eine indirekte Vertretung.

Nachdem man einmal auf diesem Gebiet dazu gelangt war, die subjective Umstellung der Formel als Mittel zur Einführung von Vertretern in den Process zu verwenden, behielt man dieses Mittel, indem man es durch Hinzufügung weiterer Massregeln dem neuen Zweck anbequemte, auch bei der Cognitur, einem von Haus aus auf die Vertretung Anwesender angelegten Institut, bei. Da man hier nicht den Zweck haben konnte, den Vertreter wirklich wie den defensor und procurator in das materielle Rechtsverhältniss eintreten zu lassen, war die Massregel der Formelumstellung blos von formeller Bedeutung und man gelangte so zu einer Vertretung mit formellem dominium litis.

Dieselbe Form wurde, soweit der gewöhnliche Formularprocess reichte, auch auf dem Gebiet der gesetzlichen Vertretung zur Verwendung gebracht. Im wesentlichen schloss sich die Processführung dieser Vertreter, der tutores, curatores, actores und syndici entweder von Anfang an oder doch mit der Zeit an diejenige der cognitores an.

Das Anwendungsgebiet dieser gesammten Vertretung mit formellem oder materiellem dominium litis war beschränkt auf den gewöhnlichen auf condemnatio pecuniaria abzielenden Formularprocess, an welchen sich der auf pecuniaria condemnatio angelegte Sponsionsprocess und das judicium divisorium anschlossen. — Nichtsdestoweniger haben die Römer auch auf anderen Gebieten processuale Stellvertreter zugelassen und haben, wo die Construktion der indirekten Vertretung, des materiellen oder formellen dominium litis nicht passte, unbedenklich zu anderen Formen gegriffen. In den Fällen, in welchen es sich nicht um die Uebertragung von Vermögenswerthen aus dem einen Vermögen in das andere handelte, traten sämmtliche Wirkungen des Processes unmittelbar für den Vertretenen ein und zwar sofort und definitiv, wenn die Legitimation des Vertreters dies gestattete, unter einer suspensiven oder resolutiven Bedingung, wo noch eine Ratihabition des dominus erfolgen musste. Ueberall vollzieht sich der Eintritt der Wirkungen für den Vertretenen ohne ein formelles dominium litis des Vertreters.

Das dominium litis griff auch nicht Platz bezüglich der auf Uebertragung von Vermögensobjecten gerichteten extraordinariae cognitiones, wenn auch eine indirekte Vertretung daselbst vorkommen mochte.

Sind unsere Ausführungen richtig, so erklärt sich die Ausbildung der im Formularprocess herrschend gewordenen Arten der Stellvertretung in höchst einfacher Weise, theils aus den unmittelbaren Bedürfnissen des Lebens, theils aus einer uns auch von anderen Gebieten her bekannten Vorliebe der Römer, an den einmal ausgebildeten technischen Formen festzuhalten.

Das in dieser Beziehung gewonnene Resultat dürfte um so plausibler erscheinen, als die Unhaltbarkeit der bisherigen Erklärungsversuche offen zu Tage liegt.

Die Gestaltung der cognitorischen und prokuratorischen Vertretung lässt sich weder aus einem Anschluss an das Legisak-

tionenverfahren, noch aus den Besonderheiten des Formularprocesses irgendwie erklären.

Dass die Stellung der Vertreter im Sacramentsprocess trotz der Abstellung des Urtheils auf das sacramentum des Vertreters etwas total anderes war, als das dominium litis der cognitores und procuratores, dass gerade das für das letztere charakteristische Merkmal, der wirkliche oder scheinbare Eintritt des Vertreters in das materielle Rechtsverhältniss, dort fehlte, liegt auf der Hand. — Wenn es desshalb richtig wäre, dass EISELE in seiner „Cognitur und Prokuratur" die Eigenthümlichkeiten dieser letztgenannten Institute aus einem Anschluss an die Vertretung im Sacramentsprocess erklärt wissen will, so wäre der Polemik SCHULTZE's gegen ihn [1]) vollständig beizutreten.

Nun scheint uns aber EISELE von SCHULTZE missverstanden, oder wenigstens einer mehr beiläufigen Aeusserung zu viel Gewicht beigelegt zu sein. EISELE macht nur an einer Stelle (auf S. 73 und 74) auf den Parallelismus zwischen der subjectiven Umstellung der Formel und dem Verhältniss zwischen intentio und Urtheil im Sacramentsprocess aufmerksam und bringt an einer anderen Stelle S. 235 beide Formen der Vertretung unter den gemeinschaftlichen Ausdruck des dominium litis, erkennt aber im übrigen die Unterschiede beider Arten von Vertretung zu sehr an, um die eine aus der anderen ableiten zu wollen. (cf. S. 50).

Ganz offensichtlich ist die petitio principii bei SCHULTZE, wenn derselbe in seinem „Privatrecht und Process" S. 302 behauptet, innerhalb der condemnatorischen Formel sei gar kein Raum für eine andere Vertretung gewesen. Warum folgende Formel: „si paret N^um^ N^um^ A^o^ A^o^ X dare oportere, N^um^ N^um^ A^o^ A^o^ cui Titius cognitor est, (oder quo nomine Titius cognitor datus est), X condemna", unmöglich gewesen sein soll, ist in keiner Weise einzusehen.

Einer ähnlichen petitio principii verfällt EISELE, wenn er neuerdings in der Zeitschrift der Sav.-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 5 roman. Abth. S. 205 und 206 den offenbar schon seiner Schrift über Cognitur und Prokuratur zu Grund liegenden Gedanken, dass die Gestaltung dieser beiden Institute durch die condemnatio des Formularprocesses bedingt gewesen sei (cf. z. B. l. c. S. 56), dahin präcisirt: das dominium litis sei im Formularprocess dess-

---

[1]) SCHULTZE, Privatrecht und Process, S. 505 ff.

halb nothwendig gewesen, weil die condemnatio nur auf einen Anwesenden habe abgestellt werden können (cf. o. § 14).

So bliebe zur Erklärung allein noch die angebliche Unempfänglichkeit der Römer für den Gedanken, dass das Handeln einer Person juristische Wirkungen für eine andere erzeugen könne, übrig. Diese Unempfänglichkeit soll sogar zur Ausbildung eines entsprechenden allgemeinen Grundsatzes geführt haben.

Diese Eigenthümlichkeit des römischen Rechts ist schon in mannigfacher Weise aus spekulativen und rechtspolitischen Gründen zu erklären versucht worden [1]), uns jedoch immer als ein ungelöstes Räthsel erschienen.

Als Resultat unserer Untersuchung ergiebt sich nun, dass auf dem Gebiete des Processrechts ein solcher Grundsatz niemals existirt hat, dass er mindestens ohne Einfluss auf die Entwicklung des Stellvertretungsrechts geblieben ist. Selbstverständlich ist, dass im römischen Recht wie in jedem Recht das Ursprüngliche und Regelmässige der Eintritt der Wirkungen des Processes für den Processirenden war. Wo aber die Bedürfnisse dahin drängten, eine Person mit Wirkung für einen Dritten processiren zu lassen. da hat man denselben ohne Bedenken nachgegeben. So finden wir gleich an der Spitze der gesammten Entwicklung processualer Stellvertretung im Legisaktionenprocess eine vollkommene direkte Stellvertretung, wie wir sie im modernen Recht haben, ausgebildet. Im Formularprocess erscheint zwar der Gedanke direkter Stellvertretung, da wo er Platz griff, in der Regel verhüllt durch das formelle dominium litis, aber auf einer Reihe von Gebieten, namentlich beim Feststellungsprocess, kommt er auch hier in aller Schärfe zum Ausdruck.

Werthvoll ist uns dieses letztgenannte Resultat als ein neuer Beweis dafür, dass bei einer gesunden Rechtsentwicklung, wie die römische war, nicht philosophische Speculationen oder allgemeine rechtspolitische Theorien den Ausschlag geben, sondern die praktischen Bedürfnisse des Lebens.

---

[1]) cf. UNGER, System II, § 90. LABAND, Zeitschrift für Handelsrecht X, 4. SCHLOSSMANN, Der Besitzerwerb durch Dritte.

Verzeichniss der besprochenen Quellenstellen.

I. Vorjustinianeische Quellen.

1. Gesetze und Inscriptionen.

2. Schriftsteller.

a. Juristen.

b. Nichtjuristen.

II. Justinianeische Quellen.



[illegible]

[illegible]

Cognitor und Procurator.

[illegible]

zur

Geschichte der processualen Stellvertretung

[illegible]

Dr. [illegible]

[illegible]

Privatrecht und Process

in ihrer Wechselbeziehung.

[illegible]

zur Lehre von den Rechtsquellen

[illegible]

Dr. [illegible] S. [illegible]

[illegible]

Erster Theil.

[illegible]







